P E R

L' Illuſtre Duca di S. Cipriano
D. Domenico di Capua

RISPOSTA

All' ultima allegazione data fuori
dal Difenſore dell' Illuſtre
Principe della Riccia.

QUanto è dotta in aſtratto l' ultima allegazione del Difenſore del Signor Principe della Riccia, altretanto, a parlare colla mia ſolita ſincerità, ſenza idea di offenderlo, è ſuperflua, ed inutile al ſuo biſogno. Tranne alcune nuove conſiderazioni ſul fedecomeſſo del Principe della Riccia D. Gio: Fabrizio di Capua, e ſu l' altro del Principe D. Bartolomeo, niente corriſpondenti al ſuo profondo ſapere, tutto il di più ſi riduce a quell' iſteſſo, che tante volte ſi è detto, e pienamente eſaminato: E ripetere ſempre l' iſteſſe coſe, non è, che conſumare, e far conſumare agli altri il tempo invano, ſe pure non voglia attribuirſi ad un artificioſo ripiego, per impedire la promulgazione del laudo, ed aſpettare dal tem-

po qualche vicenda, che potesse mutare lo stato delle cose in suo vantaggio.

Qualunque sia stata la sua idea, niente ora giova, andarla indagando. Mi rincresce solo, che comincia assai male, e quel ch' è peggio, al principio corrisponde il mezzo, e 'l fine della sua per altro elegantissima allegazione. Premette, che l' insistenze del Duca di S. Cipriano indussero il Principe della Riccia al compromesso.

Per non dargli una mentita, son contento semplicemente di dirgli, che non è bene informato del fatto. Sia stato l' uno, o l' altro, o entrambi di accordo a promuoverlo, come la prudenza senza cercar altro, vuole, che si creda, io non veggo, che questa circostanza possa niente influire alla difesa del suo Cliente. Bisogna, che l' accorto Contraddittore internamente sia persuaso del poco, che può sperare dalle sue infelici intraprese, se va mendicando ragione da fatti, che se ne fusse obligato, non saprebbe giustificare.

Veniamo alla Causa. Divide egli la sua allegazione in due Capi. Nel primo sostiene, che il fedecommesso ordinato dal Principe D. Gio: Fabrizio tra suoi discendenti maschi sia nel prezzo de feudi. Nel secondo intraprende, che se il testamento del Principe D.Bartolomeo non voglia riputarsi intieramente valido, debba almeno, tolta la sola istituzione dell' erede, eseguirsi in quanto al fedecommesso, e alle altre sue disposizioni. Io immitandolo, parimente in due Capi distinti

par-

parlerò dell' uno, e dell' altro, senza perder di mira quanto a questo proposito mi ritrovo aver scritto, per evitare al possibile la nojosa ripetizione dell' istessi argomenti.

CAPO I.

Si accenna la vera indole de' fedecommessi del Principe D. Gio: Fabrizio, giusta la dimostrazione fattane nella precedente allegazione de' 20. *Luglio* 1784.

IO non sono nell' umore di rispondere a quanto il mio Contradittore ha scritto, e riflettuto, per piantare tra discendeti del Principe D. Gio.Fabrizio un fedecomesso nel prezzo de' feudi. Sarebbe lo stesso, che darli quella dote, che non merita, ed addossarmi un peso senza necessità. Ma perchè chi legge sappia il fatto, e comprenda la ragione, che mi muove a non risponderli, conviene, che li ponga sotto l' occhio la disposizione del Principe Gio: Fabrizio.

Istituisco (sono parole del testamento) *mio ereda universale, e particolare D. Bartolomeo di Capua Conte di Montuori mio figlio unigenito ma-*

 scolo,

ſcolo, nato da me, e dalla Signora D. Margarita Ruffo mia dilettiſſima Conſorte, ſopra tutti i miei beni burgenſatici, e feudali, mobili, e ſtabili, cenzi, annue entrate, nomi di debitori, eſigenza, ſuppellettili, gioje, ed ogn' altra ſorte di beni, oro, argento lavorato, e non lavorato, donati, ed in qualſivoglia altra coſa mi ſpetta in qualunque modo, e luogo ſia, ed in qualſivoglia coſa conſiſtente: præter ed eccetto l' infraſcritti legati, e fedecommeſſi.

E voglio, che mancando (quod abſit) detto Conte di Montuori mio figlio ſenza figli, o diſcendenti maſcoli quandocumque legitimi e naturali di ſuo corpo legitimo diſcendenti, o vero mancaſſero quandocumque li ſuoi diſcendenti maſcoli legitimi e naturali, come di ſopra, in detti caſi, e ciaſcuno di eſſi, da mò per allora in migliorvia, che poſſo, e mi è permeſſo dalle leggi, gravo LA EREDE che ſuccederà nella mia eredità, e tutti i beni feudali, che rimangono nella mia eredità, nel prezzo e valore de' detti beni per quanto poſſo, e voglio, ed ordino, che il detto prezzo e valore de' detti beni feudali, ed anche tutti i beni burgenſatici della mia eredità, per quel che poſſo, perverghino, e debbano pervenire al Signor D. Giovanni di Capua Principe di Capſoli mio Zio, e non ritrovandoſi lui in vita, pervenghino alli ſuoi figli, e diſcendenti maſcoli legitimi, e naturali, ſervata prærogativa gradus, & primogenituræ ex linea maſcolina, quali ſi ritroveranno in

detti

detti casi, ed alli loro discendenti mascoli in infinitum, similmente servata prærogativa gradus, & primogenituræ ex linea mascolina, ed in detti casi così detta erede gravata, che succederà nella mia eredità, prima, che avrà pagato detto prezzo e valore delli detti beni feudali, non possa in modo alcuno, ne per qualsivoglia pretesto e colore, pigliare il possesso delli detti beni feudali, ma la tenuta di essi, e percezione de' frutti sia appresso detto Signor Principe di Capsoli, e suoi discendenti predetti, in fin a tanto che ad effetto li pagherà, e sborzerà detto prezzo, e valore de' beni feudali. Dichiarando nullo, ed invalido ogn' atto di possesso, che per la MIA EREDE *si facesse contro la forma della presente mia disposizione.*

E non ritrovandosi in detti casi esistente il detto Principe di Capsoli, ne suoi discendenti mascoli, o quelli mancando, quandocumque, il detto prezzo e valore de' detti beni feudali, e li detti beni feudali, e li detti beni burgensatici debbano ritornare a beneficio dell' erede, che succederà nella mia eredità.

Quì coll' autorità del Giureconsulto Celzo mi taccia l' Avversario d' incivilità, per non avere nella citata allegazione dello scorso anno notato il resto della disposizione = *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula proposita, judicare, vel respondere*. A me parve, che dopo d'averne trascritto tanto, quanto richiedevano i nostri scambie-

voli affunti, era inciviltà non solo, ma indiscretezza obligare Ministri così degni, e da gravissime cure occupati, quali sono i nostri Signori Arbitri, ad una più lunga nojosa lettura di cose, che niente più contengono, di quello, che si è notato, e che si riducono ad una continuazione del fedecommesso su 'l prezzo de' feudi nella linea del Principe di Capsoli, che da me non si è mai negato; Ma per contentarlo, voglio ricopiarne il di più dall' istessa sua allegazione.

Ed acciocchè in ogni tempo la presente mia disposizione abbia il suo debito effetto, voglio, ed ordino, che il prezzo e valore delli detti beni feudali debbia convertirsi in compra di beni stabili burgensatici, o feudali, o di annue entrade di questo Regno di Napoli, con consenzo, ed intervento del Signor D. Francesco Boccapianola, o altra persona per esso nominanda, con spedirsi il Regio assenzo, sempre che si facessero compre de beni, o annue entrade feudali.

E voglio, che li beni ed annue entrade, comprandi con detto prezzo, ed valore de' beni feudali di mia eredità, restino, e siano sempre, ed in ogni futuro tempo obligati specialmente alli chiamati per me nel beneficio di essi con privilegio di prelazione a qualsivogliano persone, e creditore, anche anteriore, poziore, e privilegiato di qualsivoglia privilegio &c.

E di più voglio, che li beni, ed annue entrade, che si compreranno col detto prezzo, e valore de' beni

ni feudali della mia eredità , e li beni burgensatici , ed annue entrade , che rimarranno nell' eredità mia in nessun futuro tempo , nè per qualsivoglia causa opinata , o inopinata , etiam necessaria , urgente , o urgentissima , etiam pia , favorabile , publica , o privata , ne anche per ragion di costituzione di doti &c. non possono vendersi , alienare , donare &c. ne trasferirsi in altre persone : ma debbiano sempre ed in perpetuo restare vincolati , e condizionati , atteso così è la mia deliberata , e detarminata volontà .

E voglio espressamente , che quando quod absit , alcuni di detti chiamati da me al beneficio di detto prezzo e valore de' feudi , e delli detti beni , ed entrade burgensatiche , ordine successivo , come di sopra , commettesse , o pensasse di commettere alcun delitto , anco di lesa Maestà divina , o umana . . . voglio , ed ordino , che quel tale per due ore prima , che avesse pensato commettere tal delitto , e tante volte , quanto il caso succederà , ed in quante persone da me chiamate ordine successivo , come di sopra , resti , e sia escluso dalla presente mia disposizione &c.

Riflettendo al tenore di questa disposizione, intrapresi , che conteneva due fedecommessi , l'uno su 'l corpo de' feudi tra discendenti maschi del Principe D. Gio: Fabrizio testatore , l' altro su 'l prezzo dell' istessi feudi nella linea del Principe di Capsoli . Dissi , che il gravame sul prezzo a prò di questa linea riguardava , e feriva la sola fe-

femina discendente dall' istesso Principe D. Gio:
Fabrizio; e conchiusi, che questo tal gravame,
quanto secondo la lettera del testamento, e se-
condo le regole del dritto non poteva adattarsi
a' discendenti maschi del testatore, altretanto tra
questi non era eseguibile.

Così mi spiegai nell' allegazione da me data fuori
a 20. Luglio dell' anno 1784. Contro quest'al-
legazione si scaglia coll' ultima sua del primo
Aprile dell' anno corrente il dotto Difensore del
Principe della Riccia, e niente risparmiandomi,
mi attacca nel dritto, e nel fatto; quasi avessi
male interpretato le leggi da me citate, e re-
sa ambigua con delle sottigliezze la volontà
del testatore. Il publico, e molto più i Signo-
ri Arbitri, dalla lettura del testamento, e de'luo-
ghi della nostra giurisprudenza, de' quali mi
son servito, giudicheranno, a chi di noi più con-
vengano si fatti complimenti.

Dica però quel che vuole il dotto Avversario, io tutto
soffro da lui, ed invece di chiamarmene offeso, in-
tendo di farli giustizia. Quello aver dovuto pugnare
contro la volontà espressa del testatore; quell' aver
cercato per tutte le vie di oscurare una disposi-
zione chiara in tutte le sue parti, ed aperta, e
confonderne il senzo; quell' aver portato, nel tra-
scriverne il tenore, la cabala del foro fino al se-
gno di servirsi da passo in passo di lettere maju-
scole, come se quei tali passi, del tutto opposti
al suo disegno, lo secondassero; quell' esser ri-
cor-

corso, per sorprendere, e fare impressione, a questo stranissimo artificio, tutte queste intraprese sono tante pruove di valore, e d' arte soprafina, che lo rendono meritevolmente singolare in questa specie di guerra. Bisogna dirlo, a tutto ha pensato; e se ci è da notare, è quello solo, che non ha risposto alli miei argomenti. Toltone questo picciolo difetto, che mi esenta dall' impegnarmi in altro sù questo punto, e mi fa esser contento di quello, che ho scritto in quella tale allegazione de' 20. Luglio 1784., tutto il resto può dirsi un degno parto del suo felicissimo ingegno.

Dopo aver fatt' uso il mio Contradittore di tutta la sua eloquenza, per persuaderci, che 'l fedecomesso tra discendenti maschi del Principe D. Gio: Fabrizio, sia nel prezzo, finalmente, quasi mi volesse convincere per tutte le vie, mi accorda per poco, che fusse nel corpo de' feudi; e posta questa ipotesi, si avanza a sostenere, che siccome *legato feudo, debetur æstimatio*, così parimenti si debba il prezzo, quando il feudo sia sottoposto a fedecommesso.

Un tempo veramente si dubitò, se il legato del feudo all' estraneo senza assenzo del Principe si potesse eseguire nel prezzo, e vi fu chi sull' esempio della cosa aliena legata sostenne, doversi al legatario il prezzo. Ma questa erronea opinione fu quasi nel nascere dai più sensati Scrittori oltramontani, e del nostro Regno, generalmente confu-

iutata, ed abbattuta, (1) come quella che non era fondata in alcun sodo principio del dritto. E' di-

(1) *Vincentius de Anna in Repet. Const. Regni Constitutionem divæ Memoriæ ex n.* 139. *cum sequen.*, & *allegat.* 125. 126. 127. 140. *lib.* 2. *Fabius de Anna Conf.* 87. *Cephalus conf.* 369. *n.* 32. *lib.* 3. *Rol. a Valle consi.* 41. *nu.* 31. *lib.* 1. *consilio* 71. *numero* 11. & 20. *consi.* 79. *nu.* 6. & 7. *lib.* 2. *Laurentius Kirchof. Germanus, Commun. opin. Cent. quinta Conclu.* 36. *dicens. comunem. Melchior. Palæz. Hispanus in tract. de majoratu parte* 4. *quæst.* 40. *fol.* 494. *in* 10. *tomo tract. par.* 1. *Franciscus Sonsbechius in tracta. feudorum par.* 12. *nu.* 88. *Simon de Pretis de interpret. ulti. volunt. libro quarto, dubio* 11. *num.* 76. *in fine Surdus in tract. de alimentis, tit. quarto, quest.* 10. *nu.* 2. *fol.* 47. *Schraderus de feudis, parte* 7. *capit. secundo; num.* 9. *Purpuratus consi.* 101. *numero* 6. & 7. *lib.* 1. *Everardus consi.* 53. *nume.* 13., & *in centuria locorum argumentandi, loco de feudo ad emphyteusim, numero* 16., *pag.* 232. *Federicus Schenck. in commentar. ad usus feudorum, in c.* 1. §. *donare, versic. proinde consequens est, pag.* 122. *qual. olim feu. pot. alien. Schneduinus*, & *Vuesembecius in* §. *non solum, num.* 3. & 4. *instit. de legatis. Henricus a Rosenthal. in tract. feu-*

E' diverso il legato della cosa aliena da quello, che cade sù di una cosa, che non è in commercio, e sia vietato il disporne. Il primo è utile, il secondo, vuole la legge, che sia inutile, e non sarebbe tale, se se ne dovesse il prezzo. Quando

feudorum, cap. 7. Concluſ. 4. pag. 145., qui pluries teſtatur hanc eſſe communem, & dicit Camerarii opinionem contrariam eſſe contra communem Vultejus de feudis, libro 1. c. 9. num. 72. pag. 110. Vueſembecius conſi. 70. num. 13. vol. 2. Joannes Schoverus in diſput. feudalib. lib. 1. diſput. 6. c. 23. pag. 163. Reg. de Marin. obſerv. ad Reg. Revert. dec. 359. Camill. de Curt. in p. part. ſui diverſ. fol. 51. a ter. Bammac. in cap. 1. §. omnes filii num. 66. in tit. ſi de feud. defun. Reg. de Pont. in tract. de poteſt. Proreg. tit. de aſſenſ. ſup. dot. §. 2. num. 9. & 17. quidquid in contrarium ſcripſiſſet in conſ. 88. lib. 1. Nicol. Ant. Gizz. deciſ. 35. Reg. Rovit. in pragm. 1. a num. 136. tit. de abuſ. inſcrib. ſublat. Præſ. fulv. Lanar. in addit. ad Reg. patruum in repet. cap. 1. n. 40. de ſucceſ. feud. fol 268. Larat. in Theatr. feud. delucid. 9. part. 10. num. 1. 2. & 3. Montan. de regal. ſub num. 25. Reg. Galeot. tom. 1. controv. 3. num. 59. & controv. 28. num. 40. Staib. in obſervat. ad reſol. 99. Sanfelic. deciſ. 292. num. 3. Præſ. Merlin. lib. 2. contr. 81. num. 68.

do quello che si promette, o si lascia non si può eseguire nella specie legata, o promessa, tanto meno può nel prezzo avere il suo effetto; e la ragione non è difficile a capirsi. Quello che cade nella promessa, o nel legato, è la cosa, e non il prezzo; da ciò nasce, che se non regge il legato della cosa, non si debba nè questa, nè il prezzo; non la cosa, perchè osta la legge, non il prezzo, perche manca la volontà del testatore:

Il raziocinio è intieramente di Ugone Donello, e dall'istesso gravissimo autore, tra gl'altri, abbiamo la ragione del diverso sistema del dritto riguardo a' legati della cosa aliena. *Non mirum, si aliud placuit, cum res aliena legata est, neque eam heres dare non potest quia Dominus eam non vendat. Nam res aliena legatur utiliter: ut cum rem debeat heres, necesse sit, aut rem præstare; aut pro re æstimationem, qua legatario satis fiat. d. §. non solum de leg. Nec ad rem pertinet, quod cum Dominus eam rem vendere non vult, heres eam dare non potest. Hoc enim incommodum personæ est, non naturæ impedimentum. Heres non potest eam rem dare inopia rei prohibitus. At res ipsa per se dari, & alienari potest. Impedimentum naturale obstat obligationi, ut in re impossibili: incommodum, & inopia debitoris non obstat l. continuus* 137. *§. illud ff. de verb. oblig.*

Da quel fonte, donde quei tali Autori ricavarono dovérsi il prezzo della cosa aliena legata, da quell'istesso fonte potevano rilevare quanto male

que-

questa massima al legato del feudo si adattava: Conveniva distinguere la cosa aliena, da quella, che non è in commercio, come la legge le distinse: *Sed & ea prædia Cæseris* (ha il testo) *quæ in forma patrimonii redacta sub procuratore patrimonii sunt, si legentur, nec æstimatio eorum debet præstari, quoniam commercium eorum, nisi jussu Principis, non sit, cum distrahi non soleant*(1)?

Il commento di Gotofredo sù questa legge, quanto è preciso, altrettanto ne spiega il vero senzo = *Legatorum* (dice egli) *quorum omnino difficilis, ac impossibilis præstatio est, ne quidem æstimatio debetur . . . & impossibile censetur, quod privati expedire non possunt sine Principis, vel Domini sui consensu*.

Senza l'assenzo del Principe non si potevano allora, come non si possono oggi, i feudi lasciare agl' estranei. Se era dunque vietato così disporne, se la disposizione non era eseguibile nella cosa, tanto meno, ne termini del dritto parlando, si poteva eseguire nel prezzo.

Un gravissimo Autore adattando le massime del dritto Romano, al legato de' feudi, scrisse così (2); *Imo furiosi esse talia legata testamento adscribere, ait Ulp. in l. cum servus* 39. §. *si vero* 8. *de legat.* 1. *veluti fundum Albanum, qui sit Principis,*

(1) *L.* 39. *de legat. primo*

(2) *Dessel. in addition. ad comment. instit. Jacob. Zoesii tit. de legat. n.* 5.

pis, vel principalibus usibus deserviat, vel prædia Cæsaris, cum quibus, quia magnam affinitatem habent feuda, dubitatum fuit, an rei feudalis legatæ debeatur æstimatio. Quod comuniter negant. Heig. ad. §. non solum. 4. n. 16. & seqq. h. t. Ult. ibid., & facit quod nulla defuncti ordinatio in feudo valeat c. un. in pr. 1. F. 8. &c. un. §. donat. Qualiter olim feud. post. alien. 2. F. Ult. de feud. lib. 1. c. 9. n. 72. Fanchin. 5, contr. c. 37. Bronch. cent. 2. Miscell. assert. 97. Diss. Mantica de conject. ult. volunt. lib. 9. tit. 11. n. 9.

Queste massime unite al gran riflesso, che si veniva indirettamente coll' accordarsi il prezzo, ad illaqueare la ragione feudale, ed ad introdurre per questa via il pernicioso abuso di disporre de' feudi a pro degl' estranei, prevalsero tanto, che restò affatto bandita dal foro quella tale opinione, ed ora non si riguarda, che come un inescusabile errore di coloro, che l' adottarono, senza pesarne le consequenze.

Ma io mi son posto con troppo serietà ad esaminare un dubio, che più non esiste tra noi, e che quando esistesse, non entra affatto nella causa. Il dubio, che ne' tempi andati, o per meglio dire, ne' passati secoli si era promosso, riguardava il legato del feudo all' estraneo, senza assenso, *si, vel ne*, non potendoglisi dare il feudo, gli si dovesse il prezzo.

Noi non siamo in questo caso. Il Principe D. Gio:

Fa-

Fabrizio non lasciò i feudi ad un estraneo, li lasciò al figlio Bartolomeo, li lasciò all' immediato successore, e a suoi discendenti, li lasciò a chi indipendentemente dalla sua disposizione spettavano per le leggi dell' investitura; e se il legato cadde su di cosa, *che proprio jure, ex propria persona* si apparteneva al figlio, ed ai di lui discendenti, più tosto che mischiare nella nostra specie la rancida questione, *an legato feudo sine assensu debeatur æstimatio*, entrarebbero i termini del legato della cosa propria, e le massime del dritto, che lo rendono inutile, per la ragione, che *res mea, amplius mea fieri non potest*. (1)

Qui non si tratta d' un legato all' estraneo, si tratta di fedecommesso tra discendenti del testatore; e se questi sono riguardati, come successori del feudo, se ripetono il di loro dritto dall' investitura, se da questa ne' feudi, e non nel prezzo sono chiamati, come tra loro può aver luogo la quistione, *si, vel ne debeatur pretium*? Come può reggere l' assunto di doversi loro il prezzo? Quali stranissimi assurdi da questo tale assunto, quali ferite non ne risultarebbero al diloro legitimo dritto, alla ragione feudale, ed alle leggi dell' investitura? Se senza alcun motivo il Contradittore inveisce tanto contro di me, che aurebbe

 fat-

(1) §. *sic itaque instit. de action.*

fatto, se per disgrazia mia ne fussi stato l' autore. Ma pure (vegga se son discreto, e se lo venero) invece di vendicarmi, mentre commodamente potrei, son contento per questa partita di dire semplicemente, *deleatur*, come quella, che non entra nel nostro conto.

E' compatibile però l' avversario. Si trova finalmente in un mar tempestoso, e non è meraviglia, se preoccupato dal timore di un vicino naufragio, ad ogni debol legno si attiene, per procurarsi uno scampo. Lo ha cercato sulle prime dal testamento del Principe D. Gio: Fabrizio, alterandone il senzo, ed industriandosi di far parlare il Testatore a suo modo; indi dal richiamare dal seno dell' antichità questioni abolite; e conoscendo, che per queste vie li riusciva impossibile di guadagnare il porto, si è rivolto ad un' altro partito, quanto nuovo, altrettanto più disperato de' primi.

Assume dunque, che sebbene la grazia accordata a' Baroni, di poter sottoporre a' fedecommessi i feudi, portasse l' epoca dell' anno 1655., era però preparata fin dall' anno 1642. E quì, dopo averci narrato la storia de' ricorsi della Città, del parere del Collaterale su di essi, e della spedizione alla Corte di Madrid nell' anno 1649. del Generale Luigi Poderico, conchiude, che la sopravenienza della grazia dell' anno 1655. poteva bastare a render valido quel fedecommesso, che prima era inutile, niente ostando la regola

gola Catoniana = *Quod ab initio est nullum tractu temporis convalescere non potest*, per la ragione, che questa regola nelle disposizioni condizionate non hà luogo.

Qui assolutamente non posso arbitrare. La proposizione è tale, che merita di esser condannata nelle forme più sollenni, come quella, che tende ad intorbidare la quiete del Baronaggio, ed a confondere coll'antico sistema la nuova polizia introdotta dalla grazia nella successione feudale.

Chi non sà, che le leggi an l'occhio all'avvenire, e non al passato, e che quando pure al passato si vagliano estendere, bisogna, che 'l Legislatore espressamente lo prescriva? Chi non sà, che anche in questo caso il dritto acquistato sul fondamento d' una legge antica, colla nuova non può restar pregiudicato? *Leges, & Constitutiones* (prescrissero gl' Imperadori Teodosio, e Valente) *futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari; nisi nominatim, & de præterito tempore, & adhuc pendentibus negotiis cautum sit* (1).

E che all'avvenire guardasse la grazia dell' anno 1655., l'abbiamo espressamente dalla Prammatica 34. *de feudis*, che ne rapporta il tenore. *Ac insuper concedimus prædictis viris nobilibus, quod quilibet eorum possit fundare majoratus in*

B 2 *suis*

(1) *L. 7. C. de leg. & constitut. Princip.*

suis feudis, infra terminos tamen successionis permissæ, ita ut restitutionis, seu fideicommissi onus ulterius in detrimentum juris devolutionis nobis, & nostræ Regiæ Curiæ competentis, non procedat. Decernentes, & volentes, ut DEINCEPS præsentes gratiæ nostræ ab omnibus perpetuo observentur, & observari debeant.

Lungi dal rapportarsi al passato, ed ai fedecommessi, che si trovavano fatti prima, nettamente quì prescrive la legge, che questa facoltà si dovesse sentir conceduta a' Baroni da quel momento, e per l'avvenire, come generalmente tutte le leggi senz' altra spiega all'avvenire an rapporto: Sarebbe rendere perpetuamente fluttuanti, ed incerti i nostri dritti, se l'autorità delle nuove leggi anche ai fatti de' tempi andati si dovesse estendere.

Al tempo della morte del Principe Gio: Fabrizio era vietato a' Baroni di sottoporre i feudi a fedecommesso. Con questa legge dopo la sua morte passarono i feudi della Casa della Riccia all' immediato successore. La nuova grazia dell' anno 1655. non poteva torgli il dritto acquistato già, di possederli liberi da qualunque vincolo.

Non mi si può negare, che quando era nel suo vigore la *Prammatica* 4. *de feudis*, che vietava i fedecommessi ne feudali, qualunque disposizione di questa sorta, senza l' assenzo del Principe, che poteva solo dispensare alla legge, era nul-

nulla, e nulla *ab initio*. Non mi si può negare, che all'immediato successore passavano *ab initio* i feudi liberi da qualunque condizione, o vincolo, che dal predecessore defonto se li fusse per avventura ingionto: Non mi si può negare, che poteva egli, come libero possessore de' feudi, disporre del prezzo di essi, contrarci de' debiti, e far uso di tutti quei dritti, che come tale ci rappresentava.

His positis, ne siegue, che la regola Catoniana nel caso nostro calza bene. Nullo fu *ab initio* il fedecommesso su 'l corpo de' feudi del Principe D. Gio: Fabrizio *ex defectu potestatis*: Fu nullo, perchè fatto *lege prohibente*. *Tractu temporis convalescere non poterat*, come al dir del Donello, (1) e generalmente di tutt' i Scritto-

 ri,

(1) *Comment. de jure civil. lib. 12. cap. 20. n. 18. Et generaliter de omnibus, quæ ab initio inutiliter fiunt, regula juris ita definitum. Quod initio vitiosum, seu inutile est, tractu temporis convalescere non potest, l. quod initio; l. quæ ab initio ff. de reg. jur. Hæcque est, quæ nostris dicitur regula Catoniana, quæ a Catone concepta primo de iis, quæ testamento relinquuntur; & in his pro jure certo recepta, qualis extat in l. 1. ff. de regul. Caton. deinde ad stipulationes, atque alias conventiones translata est, ut significatur in d. l. cetera §. 1. ff. de leg. 1. Non adversatur huic regulæ, quod dicimus impedimenta* sub-

ri, non può acquistar vigore qualunque vietata disposizione, anche se si rimovesse l' ostacolo, che prima nulla la rendeva.

Se a tutto ciò avesse riflettuto il dotto Difensore del Principe della Riccia, se con queste misure si fusse re-

sublato, obligationi nihil obstare. Non nego hoc vere dici, sed ita accipiendum est, ut nihil obstet, quominus nova voluntate vel testatoris, vel contrahentium deducantur hæ res in obligationem, ut mutata conditione eædem res iterum legari possunt: possunt iterum vendi, & promitti, quod nemo negat. Nulla autem nova voluntate, aut conditione interveniente, & natura rei gestæ, & juris ratio refragatur quominus quod initio vitiosum est, tractu temporis confirmetur. Primum quod initio non est, id nec convalescere, nec comfirmari dici potest, quoniam ei, quod non est, attribui nihil potest. Tum autem verum non est, cum res dari posse cœpit postea, impedimentum omne esse sublatum, quod conventioni, aut legato obstabat. Nam re, quæ dari non potest, legata, aut promissa, utrumque ab initio deest ad obligationem, & res idonea, quæ dari possit, & voluntas, atque conventio, quæ propter rem est inutilis. Quo fit, ut quamvis posteà res cœperit dari posse, tamen desiit adhuc nova voluntas, & nova conventio, qua non secuta, dici non potest tanquam impedimento omni amoto, quod obligationi obstabat, legatum, aut conventionem convalescere debere.

regolato, farebbe certamente venuto in chiaro della diverſità, che corre tra le diſpoſizioni condizionate peſcate dal dritto Romano, e la ſpecie preſente. E' permeſſo dal dritto Romano di laſciare *ſub conditione*, quello, che *pure* inutilmente ſi laſcia, o per ragion della coſa, o per incapacità della perſona. Ne abbiamo a queſto propoſito due Teſti, l' uno del Giureconſulto Paolo in queſti termini. *Mea res ſub conditione mihi legari poteſt:* (1) L' altro di Modeſtino = *In tempus capiendæ hereditatis inſtitui heredem poſſe, benevolentiæ eſt, veluti Lucius Titius cum capere potuerit heres eſto* (2).

Da queſti eſempj, ciaſcuno agevolmente comprende, che ſi fatte diſpoſizioni, non poſſono *ab initio* riputarſi, ne ſuſſiſtenti, ne nulle. Saranno valide, ſe *pendente conditione* la coſa propria ſi trova alienata, ſe l' incapace, *pendente conditione* diventa capace. Saranno nulle, ed inutili, ſe mutazione non accade, ne riguardo alla coſa, ne riguardo alla perſona. Tutto dipende dall' evento. Queſte ſono le maſſime delle leggi Romane.

Per lo contrario ſecondo le maſſime del dritto feudale anteriori alla grazia, le diſpoſizioni condizionate, i fedecommeſsi erano eſpreſſamente vietati, e tra la legge, che permette, e quella, che vieta, mi pare, che

 il

(1) *L. mea ff. de cond. & demoſtrat.*
(2) *L. in tempus ff. de hered. inſtit.*

il divario non sia di poco momento : Nel primo caso la disposizione, come permessa dalla legge, non può dirsi *ab initio* nulla. Nel secondo, perchè vietata, è nulla *ab initio*; E perciò nel primo resta esclusa, nel secondo ha luogo la regola Catoniana. *Sed de hoc satis*.

Recedant nova, e torniamo alle cose antiche dette, e ridette mille volte. Dal principio di questa causa, e da che si parlò de' fedecomessi della casa della Riccia, l' accorto Contraddittore dedusse avere il Principe D. Gio: Battista, da cui ha causa il Duca di S. Cipriano, riconosciuto in varj atti il fedecommesso del Principe D. Gio: Fabrizio : e colla mia allegazione dell' anno 1777. li risposi, che lungi dall' averlo accettato, tanto nell'impiego con se stesso de' ducati 16. mila pervenuti da quell' eredità, quanto nell' istanza da lui formata per la liquidazione della sua legitima, si protestò formalmente contro quel preteso fedecommesso, riserbandosi contro di esso tutte le sue ragioni. I documenti, che compruovano questa verità, sono nel foglio 114. e 128. del volume delle scritture; nè quando l' avesse confessato, la sua confessione giovarebbe punto all' avversario. Il suo assunto è, che 'l fedecommesso nella linea di Bartolomeo esiste, e sia nel prezzo, e questa confessione non troverà mai tra gl' atti del Principe D. Gio: Battista.

Trattandomi sempre alla peggio, mi rinfaccia d'

aver

aver io cantato la palinodia, quasi avessi nell'allegazione dell' anno 1777. negato quel fedecommesso ideale su 'l prezzo de' feudi, che egli a tutto pôtere cerca di far nascere tra discendenti maschi di Bartolomeo, e l' avessi poi ammesso nell' altra dell' anno 1784.

Questo non è, che un sogno. Tra le mie premesse nell' allegazione dell' anno 1777., parlando della disposizione di Gio. Fabrizio, vi fu questa = *che a suoi tempi non era ancora nata la grazia, onde fu accordata a' Baroni la facoltà di sottoporre i feudi a fedecommesso intra gradus successionis permissæ*. Chi capisce, vede bene, che io tin dell' ora odorai, che ci era fedecommesso, e cadeva su 'l corpo de' feudi: perciò marciai con quella tale premessa, senza dirne altro: E se sostenni, che non ci era affatto fedecommesso, lo sostenni per salvare i beni allodiali, giacchè riguardo a feudi, mi ponevano in salvo le leggi del Regno anteriori alla grazia.

Nell'allegazione poi dell'anno 1784., perche il dotto avversario pose in campo il fedecommesso sul prezzo de' feudi nella discendenza di Bartolomeo, mi convenne di spiegar meglio quello, che da me si era odorato nell' anno 1777., e di sostenere, come tutta via sostengo, che quel fedecommesso era su 'l corpo de' feudi, e che l'altro su 'l prezzo era nella linea del Principe di Capsoli. Questo non è cantar la palinodia, si chiama regolar con prudenza, secondo le circostan-

ſtanze, e le oppoſizioni, che s' incontrano, la difeſa delle cauſe.

Dopo eſſerſi tanto divagato il degno Contradittore in argomenti, e rifleſſioni del tutto lontani dalla vera idea del Principe D. Gio: Fabrizio, dalla lettera del teſtamento, e dalle maſſime della giuriſprudenza Romana, e feudale, finalmente ci oppone la coſa giudicata, che fa naſcere da un decreto interpoſto dalla G. C. nell'anno 1765. con cui ſi dichiarò ſpettare al Principe odierno il prezzo de' beni feudali reſtati nell' eredità del Principe D. Gio: Fabrizio.

A queſta chiamata ſi riſpoſe da me nell' allegazione dell' anno 1777., che quel decreto, come ottenuto mentre pendeva la cauſa preſente, non poteva nuocere al Duca di S. Cipriano. La notizia di eſſerci concorſo l' Avvocato Fiſcale Signor D.Domenico Potenza, allora Giudice della G. C., mi farebbe tremare, ſe in quel giudizio fuſſe ſtato inteſo il Duca di S. Cipriano.

Ignorava all' ora quell' illuminatiſſimo Miniſtro le ragioni del Duca ſul prezzo de' feudi; non ſapea, che il Principe Gio: Battiſta ne avea diſpoſto in ſuo beneficio. Si aggiunga, che non ſi trattava di ſciogliere, ma di legare, ed in queſte circoſtanze non è meraviglia, ſe ſull' idea, che non ci fuſſe intereſſe, o pregiudizio del terzo concorreſſe a quella tale dichiarazione. Ogni uomo prudente avrebbe cosí penſato. Oggi che ha preſente il vero ſtato delle coſe,

og-

oggi, ch' è al chiaro di tutto, devo ſperarne un diverſo giudizio, e la ragion di ſperarlo naſce dalla ſua indole portata per la giuſtizia, naſce dalla ſua religioſità, che tra le moltiſſime ſue virtù poſſiede in grado eminente, naſce in fine da quell' ammirabile coſtanza di animo, preggio particolare dell' uomo Savio, che lo rende ſuperiore a ſeſteſſo, e ad ogni umano riguardo, o paſsione, nel regolare i ſuoi giudizj. *Fortis eſt animus ſapientis* (dice Seneca) (1) *quæ recta ſunt, ſua ſunt: non caligatis oculis videt, ſed æquo animo.*

---

(1) *Lib.* 2. *de Tr.*

CAPO II.

Della nullità del testamento, e del fedecommesso del Principe D. Bartolomeo di Capua.

DOpo essersi parlato tanto nelle precedenti allegazioni dell' una, e dell' altra parte del testamento del Principe D. Bartolomeo, e del fedecommesso da lui ordinato; e dopo aver io fin dall' anno 1777. ad evidenza dimostrato, per lo capo della preterizione del figlio D. Gio: Battista, e degl' altri figli ancora, la nullità dell'uno, e dell'altro, mi lusingai d' aver fissato questo punto a segno, da non doversene più ragionare; e la mia lusinga non era mal fondata, giacche, oltre i principj del dritto, concorreva a garantire il mio assunto, la troppo rimarchevole circostanza di averli ne' tempi andati riputati nulli l' istesso odierno Signor Principe della Riccia, ed aver profittato della loro nullità.

Ma, se fu vana la mia lusinga, n'è pruova l'ultima allegazione dell' Avvocato del Principe, il quale parte rivangando le cose dette, e parte aggiungendoci de' nuovi argomenti, ha richiamato di nuovo in esame questo benedetto testamento, e fedecommesso. Ci siamo, e bisogna tirare avan-

vanti. Sù le prime si affatica a tutto potere di mascherare il brutto aspetto della preterizione de figli, e sposando questo partito, assume, che lungi dall'essere stato il Principe D. Gio: Battista preterito dal padre, fu anzi da lui compensato de' suoi dritti, e contemplato nel suo testamento con affetto paterno.

Veramente se ne vuol troppo. Che poteva fare di più un Padre, che ami teneramente il figlio? Quell' averlo spogliato anche degl' effetti, che per propria ragione gl' appartenevano, quell' aver disposto a pro del nipote de' feudi, ai quali per le leggi dell' investitura il figlio era chiamato, quell' aver sconvolto l' ordine della succeffion feudale, per escluderlo, l' averli negato nel suo testamento quel titolo, e quel luogo, che dal dritto li viene accordato, son tenerezze tali, che da pochi, o da niun altro Padre di famiglia si possono sperare. E' ammirabile (bisogna confessarlo) la disinvoltura, e la destrezza, onde l' Avvocato del Principe della Riccia mutando l'aspetto delle cose, suole sottrarsi dalla forza di quei fatti, e di quegli argomenti, che più lo stringono.

Basta dare un occhiata al testamento del Principe Bartolomeo per restar persuaso dell' odio d questo Padre verso del figlio, ed egli ciò non ostante da quell' istesso fonte ricava, che l'abbia trattato con amor paterno, e l'abbia a sufficienza compensato de' suoi dritti.

Co-

Come, in qual maniera lo compensò? lo compensò, si risponde, cogl' animali d' Arnone. Gran compenso per un legitimo successore della casa della Riccia! Dove li lasciò gl' animali d' Arnone? glie li lasciò nel codicillo. Doveva lasciarglili nel testamento, doveva nel testamento lasciarli quella porzione, che *de jure* li spettava, e doveva lasciargliela con titolo d' istituzione. Così doveva trattare il figlio. La legge, che lo prescrive, e dell'Imperador Giustiniano (1). Non ammette la legge qualunque altro titolo, vuole, che il figlio assolutamente sia istituito erede, e lo vuole, per quella ragion naturale, che chiama il figlio alla Paterna successione, e per migliorarne con questo titolo la condizione: *Primum hoc tenendum* (scrisse Ugone Donello commentando questa legge) *sic exigi a Parentibus liberorum institutionem, ut non sufficiat debitam his portionem relinquere quovis genere relicti, ut donationis, aut legati, aut fideicommissi. aut alio quovis, sed necesse sit his honorem hunc habere, ut heredes instituantur* (2). Osualdo Illigero nelle note a questo gravissimo autore soggiunge: *Hic enim honor debetur liberis, quibus naturæ tacita lege, & comuni parentum voto debetur hereditas . . . alias præteriti intelliguntur.*

An-

(1) *Novel.* 115.
(2) *Donel. commet. de jur. civil. lib. 6. cap.* 12. *de institut., & exhered. lib. n.* 3.

Anche se il Padre lasciasse al figlio più della legitima porzione con qualunque altro titolo non si adempirebbe alla legge ; *Et adverte* (insegnò Giulio Claro) *quia de jure novissimo , ad hoc ut filius non dicatur præteritus , non sufficit, quod de eo in testamento sit facta mentio , etiam si pater ei aliquid relinquat , quod sit plus , quam legitima illi debita , sed requiritur , quod sit ei relictum titulo honorabili institutionis. Textus est in §. aliud quoque capitulum in autentica ut cum de appellatione cognoscitur. Et sic facienda est conclusio, quod omnino ad hoc ut testamentum valeat , requiritur , quod filio relinquatur legitima titulo institutionis , alias testamentum esset nullum , & sic filius succederet Patri ab intestato , & ita tenent omnes indifferenter* (1) .

Ne giova opporre , che trattandosi di testamento paterno tra figli, in forza dell' autentica *ex imperfecto* son dispensate le sollennità legali . Tutto il favore di questa legge cessa , quando il figlio sia preterito, ed in questo caso il testamento sarà doppiamente nullo ; nullo per mancanza di sollennità , nullo *ex causa præteritionis* = *Atque hinc* (scrisse il celebre Artmanno) *pro regula est traditum, quod si pater in suo testamento aliquem ex filiis præterierit , tum textus in d. §. ex imperfecto , quo parentibus concessum est beneficium , ut prætermissis sollemnitatibus juris inter liberos testari pos-*

(1) *Lib. 3. §. testamentum quæst. 38.*

possunt, locum non habeat, prout sensit Gl. final. in l. si filius qui in potestate, ff. de liberis, & posthum: , quam sequitur Bart. Bald., & Ang. ibi, & Bald. in d. § ex imperfecto, inquiens hoc casu non solum deesse sollemnitatem probatoriam, sed concurrere quasi delictum testatoris, & vitium intra rem: Quod refert, & sequitur Corneus ibi, n. 3. idem tenuit etiam Alex. in consi. 26. incip. Ponderatis his n. 17. vol. 5: Corneus in cons. 31. incip. In causa vertente in litera K vol. 2. ubi ait, quod hoc casu testamentum tam in jure positivo peccet, quam in jure naturali. Idem voluit Jas. in d. §. ex imperfecto n.6. limitatio, & Decius in lib. 1. quæst. 1. de test. inter liber. n.13. cons. 105. incip. & pro tent. n. 5. qui ait communiter DD: hoc sequi.

Pietro Gilbenio parlando dell'obligo imposto al padre in virtù della novella 115. di Giustiniano di dover istituire i figli = *Usque adeo igitur* (scrisse) *hanc institutionis sollemnitatem requiri, ut si parens inter liberos testamentum faciat, illud ipsum hac lege minime solvamus.*

Lo stesso per l'istessi principj (1) sostenne Giovanni Zoesio = *Consequenter quæri potest, an exheredatio in tali testamento facta aut præteritio substineatur? Quod non dicendum; imo tota dispositio corruet, cum passim loquatur de dispositione in-*

(1) *Comm. ad lib. 3. Codic. tit. de inoff. testam. aut. noviss.*

inter liberos, quibus unciæ quædam relinquuntur: præcipue d. novell. 107. ubi vult designari uncias, in quas sunt scripti liberi, ut præteriri aliquis eorum nequeat, aut exheredari. Deinde exheredatio non habet locum, nisi in testamento perfecto, excepto militari. Præterea in d. l. fin. minus sollemnis voluntas patris dicitur servari officio, & æquitate arbitri familiæ ercifcundæ. quod non habet locum, nisi inter coheredes, quibus annumerari nequit exheredatus. Denique talis voluntas sustinetur etiam ex favore liberorum, quæ admissa exheredatione, potius contineret onus. Et ita recte tenet Ant. Faber dec. 36. errore 5. (1).

Tralascio di rapportare gl' altri moltissimi Scrittori, che an tenuta l' istessa sentenza, e son contento di aggiungerci quello, che ne scrisse Ugone Donello, parlando dell' Autentica *ex imperfecto: Recte autem dictum hic, voluntatem parentis tenere inter liberos, ex imperfecto testamento, ut intelligamus ita tenere, si nihil aliud obstet testamento, quam quod sit imperfectum. Diversum, si sit inofficiosum. Nam hoc præcipue servandum est parenti adversus liberos, ne testetur contra officium pietatis l. 1. 2. 3. l. nam & si ff. de inoffic. testam. Sic ergo valebit imperfectum testamentum parentis inter liberos, dum singulos heredes instituat, aut recte exheredet; institutis non minus relin-*

C   *quat,*

(1) *Zoes. comment. in lib. 28. ff. tit. 1. Qui testam. facer. pos. n. 63.*

quat, quam legitimam portionem l. parentib. C. de inoff. testam.

Sia sollenne, sia imperfetto il testamento del Padre, sempre egli è tenuto usare co' i figli il titolo d' istituzione, e trascurandolo, anche se lasciasse loro più della legittima, il testamento è nullo. Il Dotto Contradittore però non l' intende così, e riducendo, sù l' autorità d' un testo di Ulpiano, questa indispensabile formalità ad una soverchia sottigliezza, vorrebbe, che il testamento, dove non si trova usata, non debba riputarsi come nullo.

Se non erro, il Giureconsulto Ulpiano visse a' tempi di Alesandro Severo, e morì negl' anni della nostra era volgare 228., e la legge, che vuole onorati i figli col titolo d' istituzione; questa legge, che non permette supplirsi con qualunque altro titolo, o di legato, o di fedecommesso, o di donazione, è dell' Imperador Giustiniano, e porta l' epoca dell' anno 541.; Sicchè quando anche al testo di Ulpiano si potesse dare quel senso, che li da l' Avversario, perchè riformato, ed abolito dalla legge posteriore niente nuocerebbe al nostro assunto.

Egli però ne ha notato poche parole: Se si fusse dato carico dell' intiero suo tenore, ne avrebbe rilevato, che all' idea del Giureconsulto niente corrisponde la sua interpetrazione, e che il nostro caso nella sostanza, ed in quanto alla qualità delle persone, è assai di-

ver-

verso. Io l'ho tenuto sempre in concetto di uomo leale; ma quì mi pare, che ci sia, per non dir altro, un pò di malizia. La specie, che propone Ulpiano è questa. *Postumus praeteritus, vivo testatore natus, decessit: licet juris scrupulositate, nimiaque subtilitate, testamentum ruptum videatur; attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest, remque obtinebit, ut & Divus Hadrianus, & Imperator noster rescripserunt* (1).

Ulpiano quì attribuisce con ragione ad una insulsa scrupolosità pretendere rotto il testamento, non ostante la morte del postumo *vivo testatore*. Se l'ostacolo si era rimosso, se la cosa era ridotta nello stato, da cui poteva cominciare, se la causa era cessata, per cui si poteva rompere il testamento; dar luogo in questo caso alla successione intestata, sarebbe stata una specie di crudeltà.

L'oggetto della questione da lui proposta, è questo solo, *utrum* per la preterizione del postumo, che nasce, e muore in vita del Padre, si rompe il testamento. La sua risoluzione fu, che non si rompe, non già perchè il difetto del titolo d'istituzione fusse una sottigliezza, ma perchè il postumo era morto *vivente patre*, *& sic ru-*

(1) *L. 22. ff. de injust. rupt., & irr. fact. test.*

pti caussa (nota in questo luogo Gotofredo) *cessare cæpit*. Tanto è lontano, che fosse mai caduto in mente di quel Giureconsulto giudicare dell'istituzione de' figli, così, come suppone l' Avversario, che sotto l' istesso titolo parlando delle differenze, che passano tra 'l figlio nato, e 'l postumo preterito, *ex his apparet* (scrisse) *aliam causam esse filiorum superstitum, aliam posthumorum, illi injustum faciunt, hi rumpunt: illi semper, hi si nascantur, nec inveniant se exheredatos*. (1)

Così parla Ulpiano de' figli, e de postumi preteriti, ed il suo linguaggio è uniforme al sistema del dritto in questa parte. Se quel postumo, che egli figura preterito, fusse sopravivuto al padre, o fusse nato dopo la morte del Padre, si sarebbe certamente rotto il testamento, come rotto lo vuole Ulpiano in questi casi, e come si rompe, ed è nullo, trovandosi preterito il figlio già nato. I titoli stessi delle Pandette, e del Codice *de lib. & post. hered. instituend. vel exhered.* ci convincono dell' obligo del padre, secondo le leggi, d'istituire, o eseredare i figli siano postumi, siano già nati.

Queste sono le massime della Giurisprudenza adottate dall'istesso Ulpiano, e se in quella sua specie non condannò il testamento come rotto, non lo condannò, per sò così, non già perchè credette non esser necessario istituire il postumo, o il figlio, ma per-

(1) *L.* 3. *ff. de injusto, rumpt. irrit. facto testam*

perchè colla morte del postumo, *vivente patre, rupti caussa cessare cœpit*.

Da questo caso particolare, tanto diverso dal nostro, volerne inferire, che *l' onorevole titolo d' istituzione là dove manchi, non irrita, ne rompe il testamento*, e smaltire, mutilando le parole del testo, questo gravissimo errore, come massima insegnata da Ulpiano, è un fallo, che non ammette scusa. Io in pena, mi restringo a restituire al mio Contradittore, il rimprovero del Giureconsulto Celzo, che mi fa senza motivo, nella prima parte della sua allegazione, ed a restituircelo col commento di Ugone Donello. *Hinc recte præcipitur in l. incivile ff. de legib., ut cum ad legem aliquam ventum est, tota legatur, & expendatur: incivile esse, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita judicare, vel respondere. Incivile, id est iniquum, & contra jus. Recte utrumque, quia est adversus legem, & ideo adversus legem, quia adversus sententiam, & voluntatem legis d. l. non dubium C. de leg. Sed eo iniquius, quo malitiosius. Arripiuntur enim hic malitiose verba unius particulæ adversus manifestam sententiam, quæ statim animadverti potuit, si aliæ partes ejusdem legis spectarentur*. (1).

Conchiudiamo. Il padre è tenuto di onorare il fi-

 glio

(1) *Comment. de jure Civ. cap. 13. de verbo, & scripto leg. n. 13. & 14.*

glio col titolo d'istituzione, anche per il vantaggio, che il figlio, con questo titolo può ricavare dalla forza del *jus accrescendi* (1). E quando non voglia istituirlo, lo deve eseredare. Nel testamento del Principe D. Bartolomeo, il figlio D. Gio: Battista non si trova ne istituito, ne eseredato; dunque si ha da riputar, come preterito.

L'argomento conchiude, e par che non ci sia risposta; Ma l' Avversario niente sgomentato dalla sua forza, ripiglia, mutando linguaggio, che il Principe Gio: Battista non già preterito, ma eseredato piutosto debba riputarsi, ed eseredato *cum elogio*. Questo è dare negl' opposti; una volta lo vuole compensato dal padre de' suoi legitimi dritti, un' altra eseredato. Non è da maravigliarsene. Il difetto di ragione suole produrre di questi effetti.

Prende argomento di supporlo eseredato, ed eseredato *cum elogio* da questo passo del testamento del Principe D. Bartolomeo = *E voglio, che quante volte non volesse* (parla di Gio: Battista) *stare alla detta mia assegnazione, e valutazione, ed osservanza, io per cause d' ingratitudine mostratami da detto Gio: Battista mio figlio, come appare nè processi del Regio Collaterale, ed altre istanze fattemi in altre corti, e lettere vitupero-*

se

---

(1) *Strik. de clausul. Codic. n.* 108. *Julius clar. §. testam. q.* 38.

se ed infami, che detto mio figlio non ha curato, ne curò scrivermi contro al detto Regio Collaterale Consiglio, e Signore Capitano Generale, e Vicerè di Napoli; però voglio, che in qualunque caso, che detto mio figlio non volesse stare a detta mia assegnazione, e valutazione de' corpi, in tale caso intendo lasciare tutto quello, che legitimamente posso al detto D. Bartolomeo mio erede istituito.

Non basta, che 'l testatore l'abbia detto, bisognava, che l'erede lo provasse, e se al tempo proprio niuna prova si fece di questo sognato demerito del Principe Gio: Battista, parlarne ora è fuor di stagione. Secondo tutte l'apparenze, lungi dal supporre vero quanto quì si dice, si ha da credere più tosto, per quei lumi, che abbiamo dall'istesso testamento, che il Principe Bartolomeo, che questo Padre assediato da un gran numero di figliuoli naturali, da lui molto ben contemplati, avesse cercato per questa via di colorire la sua avversione, che avea per la sua legitima prole; e forse quell'aver istituito il Nipote, e non il figlio dovette procedere dalla lusinga di trovare nel primo più condiscendenza, e più esatta esecuzione a quanto egli aveva disposto a prò de' figli naturali, che aveva premura di lasciare ben situati.

Ma cheche sia di ciò, io non veggo, come da quelle tali espressioni usate dal Principe Bartolomeo, si possa ricavare argomento di eseredazio-

 ne.

ne. Aveva egli nel suo testamento assegnato al figlio varj corpi, ed a ciascuno di essi aveva dato il valore; figura poi il caso, che 'l figlio non si contentasse di quel tale assegnamento, e lascia tutto quello, che può al nipote = *Voglio, che quante volte non volesse stare a detta mia assignazione &c. In tal caso intendo lasciare tutto quello, che legitimamente posso al detto D. Bartolomeo mio erede istituito.*

Tanto è far nascere da quest' espressioni l'eseredazione del figlio, quanto darli un senzo tutto diverso dalla volontà del testatore. L' eseredazione deve esser concepita in termini chiari, e non è permesso andarla pescando per via d' interpretazioni, *exheredationes* (è sentenza di Scevola) *non sunt adjuvandæ* (1). E con ragione, perchè la cosa in sestessa è odiosa, onde a differenza dell' istituzione, non deve ampliarsi. *Institutiones* (ha Gotofredo) *sunt favorabiliter interpretandæ, exheredationes strictè. Sunt enim favorabilia extendenda, odia coercenda.*

Importa poco, che ci sia l' elogio. Non dipende dall' elogio, o dalla causa, che si allega, il decidere, se sia, o nò preterizione. Si dice preterito il figlio, quando nel testamento paterno non si trova istituito, o eseredato, e si reputa tale, a giudizio di Giulio Claro, e de' più sensati Scrit-

(1) *L. 19. ff. de lib. & postum. hered. instit. vel exhered.*

Scrittori, anche se nel testamento si faccia menzione di lui, o si adduca il motivo della preterizione. *Habes ergo ex præmissis quæstionibus, quod testamentum, in quo filius est præteritus, est ipso jure nullum, & intellige præteritum eum, qui in testamento non est institutus, neque nominatim exheredatus, etiam quod de eo in testamento esset alio modo facta mentio . . . & sive præteritio facta sit cum insertione caussæ, sive sine, semper testamentum est ipso jure nullum* (1).

Il dotto Avversario conoscendo che dalle parole del testamento niente poteva rilevare per la pretesa eseredazione, ha cercato di ajutarsi colla legge, che abbiamo dell' Imperadore Giustiniano su questo punto, ma questa stessa legge, invece di garantire, condanna il suo assunto. *Si quis filium proprium ita exheredavit: Ille filius meus alienus meæ substantiæ fiat; talis filius ex hujusmodi verborum conceptione non præteritus, sed exheredatus intelligitur. Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nunquam tantum valeat, ut melior sensu existat.*

Queste sono espressioni, che significano, per così dire, qualche cosa di più dell' eseredazione, *filius meus alienus meæ substantiæ fiat.* Si tratta di chiarissima volontà: *manifestissimus est sensus testatoris*, e perciò va molto ben detto, che le parole devono cedere al senzo, quando è chia-

(1) *Lib. 3. §. testam. quæst. 42. n. 1. 2. & 3.*

chiaro, *quando sententia testatoris aperta est*, come ha il Perezio citato dal Contradittore; ma dov' è questa chiara, questa aperta volontà nel testamento del Principe Bartolomeo? *Se mio figlio non accetterà questa mia valutazione &c.*. Non dice Bartolomeo in tal caso lo eseredo, non dice *alienus meæ substantiæ fiat*, dice solo, che lascia al nipote quanto legitimamente potea lasciarli; E questa si chiama eseredazione? Quì mi pare, che dalla soverchia scrupolosità degli antichi Giureconsulti Romani, si passa a pretendere con manifesto abuso della legge di Giustiniano, che *quibuscumque verbis*, anche niente adattate a spiegare l' eseredazione, si possa questa giustificare.

Ma che occorre diffondermi più su questo punto: Non fu solo il Principe D. Gio: Battista ad esser preterito dal padre: Soffrirono l' istessa disgrazia D. Vincenzo, e D. Francesco di Capua secondogeniti del Principe D. Bartolomeo, e la soffrirono senza elogio, e senza que' sognati demeriti, che nel testamento si veggono attribuiti al Principe Gio: Battista. Delle ragioni de' Fratelli contro al testamento paterno, fu cessionario il Principe D. Gio: Battista; e se con questa divisa, e la propria domandò, ed ottenne con piena cognizione di causa, dichiararsi nullo il testamento paterno, pretenderlo oggi eseredato, è volerli adattare una veste, che per tutti i riflessi non li conviene.

Do-

Dopo aver tentato il degno Contradittore con questo mezzo di profittare dell'autentica *ex causa*, per salvare il fedecommesso del Principe D. Bartolomeo, e ridurre col soccorso di quella legge la nullità del testamento alla sola istituzione, passa coll' istesse mire ad un altro ripiego, tutto nuovo, ed intieramente architettato nella sua fantasia.

Supponendo, che D. Gio: Battista fusse stato emancipato dal padre, pretende, che non ostante esser stato preterito nel testamento paterno, il fedecommesso però, come formato da Bartolomeo a prò de' discendenti, deve restar salvo. Ed ecco tre diversi ritratti d' un istesso soggetto. Prima ce lo dipinge come *compensato de' suoi legitimi dritti*, poi come *esseredato*, in *terzo luogo*, *come preterito*, *ma emancipato*. In queste tre diverse figure, da una parte si vede l' incostanza della difesa, e dall' altra l' insussistenza degl' assunti.

Quando morì il Principe D. Bartolomeo, così D. Gio: Battista, come gl' altri suoi figli, negl'atti della spedizione del preambolo furono riguardati come figli, che vivevano sotto la potestà paterna, ed in questo aspetto, per la preterizione di essi, fu dichiarato nullo il testamento *quo ad omnia*.

Il Curatore, che allora fu dato al Principe odierno, erede istituito nel testamento, di tutto altro parla nella sua istanza, fuorche di questa so-

fognata emancipazione ; e non è da dire , ch' egli fuffe ftato trafcurato, o debbole nel rilevare le ragioni dell' erede fcritto . La fua iftanza baftantemente ci convince , che pensò a quanto fi potea penfare , per adempire religiofamente al fuo dovere .

Deduffe in fua difefa , che dal Principe Bartolomeo i figli erano ftati baftantemente contemplati , e che i legati loro fatti dal padre , dovevano cedere in luogo d' iftituzione: deduffe , che al più potevano pretendere il fupplemento, quando fuffero ftati lefi nella legitima ; deduffe, che quando non fuffe baftato a fupplire il titolo d' iftituzione , quello , che 'l teftatore aveva lafciato al figlio Gio: Battifta , s' avea quefti da riguardare , come eferedato , non come preterito: In compruova allegò quel paffo del teftamento, di cui fopra fi è fatta menzione , e dandofi carico , che l' efpreffioni non fpiegavano la pretefa eferedazione , fece ufo dell' ifteffa legge dell' Imperador Giuftiniano , allegata dal dotto Avverfario .

Tutto ciò deduffe il Curatore nella fua iftanza : Della pretefa emancipazione *verbum nullum*. Dopo un fecolo, chi fa, come paffaffe fotto l'occhio dell' Avvocato del Principe della Riccia il tefto di Ulpiano, che falva nella preterizione del figlio emancipato i legati a taluni congionti , e ci pianta, fenza fcrupolo, una follenne emancipazione del Principe D. Gio: Battifta , modellata intieramente

te nella sua idea, e di quali argomenti si serve per provarla? Dice in primo luogo, che D. Gio: Battista, per ragione del matrimonio, fin dall'anno 1667. contratto con D. Antonia Caracciolo, era uscito dalla patria potestà: Lo deduce dall' essersi ne' capitoli matrimoniali stabilito l'assegnamento di annui ducati 4000., in caso che avesse voluto vivere separatamente dal padre. Dice, che tra la data del matrimonio, e quella del testamento, era corso lo spazio di anni 24. *His positis*, ne ricava, non sò come, è per quali principj, che D. Gio: Battista fu emancipato dal padre. Ed hò da darmi carico di questa sorta di silogismi? Non ci voglio risponderé, anche se me ne dovesse avvenire tutto il male del mondo.

Finalmente dopo averci dipinto in tante diverse figure D. Gio: Battista di Capua, si compiace quì il Contradittore di presentarmi il vero suo ritratto, la vera figura, che fece nel testamento paterno, cioè quella di figlio preterito dal padre; me la presenta però con tanta mala grazia, ed in una maniera così disobligante, che meglio mi sarei contentato, se me l'avesse eternamente negata. Dove andò quella sua moderazione, quel suo naturale docile, e mansueto, che gli conciliava l'amore, ed il rispetto di tutti, dove quel suo contegno, lontano dai trasporti? In quest' incontro ho sperimentato quanto può in noi la passion della causa.

Tut-

Tutta la ſua colera naſce, dall'aver io ſoſtenuto nell'allegazione dell'anno 1777. , che la Novella 115. di Giuſtiniano, niente aveva innovato, o riformato, riguardo alla preterizione paterna; e che aveva ſolamente rapporto all' eſeredazione, o a quella preterizione, che è in luogo di eſeredazione. Queſto è il mio gran delitto, percui ſenza attendere riſpoſta, o ſcuſa, mi condanna, come autore di maſſime ſeducenti, e di nuove erronee dottrine.

Ma ſe credeva, che io aveſſi mancato, doveva compatirmi, e corriggermi con un poco più di dolcezza. *Humanum eſt errare*: Conveniva prima ſentirmi appieno, e poi condannarmi. Non doveva precipitare così la ſua ferale ſentenza, e laſciarſi guidare dal primo impeto. Nel calore dell'ira, l'uomo, quanto ſi voglia ſavio, può ſempre travedere: biſogna, quando da queſto brutto male ſiamo aggitati, aſpettare per qualche momento, che l'animo ſi metta in calma, e poi giudicare. *Da ſpatium, tenuemque moram* (è conſiglio di Statio) *male cuncta miniſtrat impetus* (1).

Veggo bene, che i ſuoi traſporti procedono dall' eſſerſi ingannato fin dal principio nel peſare il merito della cauſa, e dal trovarſi oggi lontano aſſai da quell'idea vantaggioſa, che n'aveva formato.

Credette egli nel naſcere di queſto giudizio, che tra

(1) *Nel lib. 8. della Teb.*

tra l'altre eccezioni, i fedecommessi antichi della casa della Riccia, sarebbero stati sufficienti a render vane le speranze del Duca di S. Cipriano. Al cernere si è trovato deluso; e non è meraviglia, se da nelle furie, ma dovrebbe averla con se stesso. Qual colpa ho io nel giudizio, che egli formò buono, o male della sua causa; Sicche dovessi riportar la pena d'esser così malmenato, ed insultato.

Nella necessità di dovermi giustificare, chiedo scusa, se lasciando con pena il mio solito stile, mi diffondo forse più del dovere. Si tratta della mia riputazione; hò sù le spalle una robrica di seduttare, conviene, che mi discarichi, e che faccia uso di tutti i mezzi, e di tutti gl'argomenti, che possono condurre a questo onorato disegno. Niente è superfluo, quando si tratta di porre in chiaro la propria innocenza.

Sono accusato dunque come autore di massime seducenti, perchè sostenni, che la Novella Costituzione, 115. dell' Imperador Giustiniano, non hà rapporto alla preterizione paterna, e che fu dettata, e scritta per la sola eseredazione. Torno a dire l'istesso, e nel sostenerlo, pretendo di parlare col linguaggio della legge, e de' migliori interpreti.

Nasce il figlio per così dire Erede del padre, ed è investito di questo carattere da quella inalterabile costantissima legge, che con dolce interna violenza ci porta ad amare, e conservare

nel-

nella propria prole l' immagine di noi stessi. Il dritto Civile dalla ragion naturale, prese argomento d' obligare il padre a dover lasciare ai figli i loro averi. Intese così di avvalorare coll' autorità della legge le speranze de' figli, e 'l comun voto de' parenti, e di secondare quell' amore scambievole, e quegl' officj di pietà, che per naturale istinto, an tanta forza tra loro.

Da questi principj ne siegue, che avendo il figlio un dritto, diciamo così, innato sull' eredità paterna, non possa il padre eseredarlo, se non nel caso, che il figlio, mancando a quell' ossequio, e a quelli officj di pietà, che dalla natura apprendiamo verso de' genitori, abbia contro di se concitato l' odio paterno. Soffre dunque la legge *meritis de causis* l' eseredazione del figlio; ma la pretirizione, anche quando il dritto della patria potestà era nel suo pieno vigore, non fu mai tolerata, dagl' antichi Legislatori Romani. In pruova abbiamo le tante leggi nelle Pandette, che dichiarano nullo il testamento paterno, dove il figlio sia preterito.

Con questi lumi, non perdendosi di mira il sistema della giurisprudenza prima di Giustiniano, riuscirà facile capirsi il vero senzo della sua Costituzione. *Sancimus igitur non licere penitus patri, vel matri, avo, vel aviæ, proavo, vel proaviæ suum filium, vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhedes in suo facere testamento,*

nec

nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcumque modum uis dederit legibus debitam portionem: nisi forsan probabuntur ingrati: & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inserverint testamento. Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant judicari, in diversis legibus dispersas, & non aperte declaratas invenimus, quarum aliquæ nec dignæ nobis ad ingratitudinem visæ sunt, aliquæ vero, cum essent dignæ, prætermissæ sunt, ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim præsenti lege comprehendere, ut præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur.

Attaccandosi alle parole, e non alla sentenza della legge, non pochi de' Scrittori anno opinato, che questa Costituzione, non solo ne' figli eseredati debba aver luogo, e ne' preteriti dalla madre, che come eseredati si riputano, ma benanche ne' preteriti dal padre. Traggono la ragione di così opinare dall' avere l' Imperador Giustiniano quì parlato indistintamente de' figli preteriti, ed eseredati, e de' genitori, ed ascendenti dell'uno e dell' altro sesso; Ma se si hà da seguire la sua mente, che alle parole deve prevalere, come l' istesso Imperadore, specialmente nella *l. 3. C. de lib. præter:* prescrisse, si troverà, che non della preterizione paterna, ma della sola eseredazione, e di quella preterizione, ch' è in luogo di eseredazione, intese di parlare.

Vogliamo, dice Giustiniano, che non sia lecito a' Ge-

 ni-

nitori di preterire, o eseredare i figli, se non nel caso, che si provassero ingrati, e la causa dell' eseredazione fusse scritta ne i diloro testamenti. Che questo precetto della legge all' eseredazione, e non alla preterizione convenga, è chiaro. Nella preterizione non ci e bisogno di causa, ne nel dritto abbiamo di questi esempj. Per dirsi preterito il figlio, basta il silenzio del padre, basta che di lui non si faccia menzione nel testamento paterno, o che non sia istituito, ne eseredato. In questo senzo si è capita sempre nella giurisprudenza Romana la preterizione, così l' intese l' istesso Giustiniano, e corrisponde questa intelligenza al suo naturale significato.

Trattando di questo punto un' Autore assai sensato, che nell' acutezza dell' ingegno, quasi può paragonarsi al celebre Papiniano, ed opponendosi a Fachineo, uno de' Campioni del contrario partito, dice così = *At enim suavis est hic Fachinaeus. Quid enim rogo, simile habet praeteritio, cum testamento, ut in eo causa ingratitudinis, ob quam filius sit praeteritus, inseri debeat? An excidit illi praeteritionem fieri extra testamentum, ut ita dicam; exheredationem, non nisi in testamento . . . & nominatim? Ostendat ille, jure veteri, in praeteritione ingratitudinis causam ullam intervenire, non dicam debuisse, sed & potuisse; tum cedam illi* (1).

Se dunque i termini, de' quali si avvale l' Imperara-

(1) *Caspar. Schifordegher. tract.* 17. *de leg. & fideic.*

radore Giuſtiniano nella prima parte della ſua Coſtituzione, quanto convengono all'eſeredazione, altretanto ſono inadattabili alla preterizione, ſi hà da conchiudere, che a quella, e non a queſta anno rapporto.

Non ſia lecito (dice Giuſtiniano) di preterire i figli *niſi probabuntur ingrati*. Il contrario di queſto divieto ſarebbe: ſia lecito di preterirli provandoſi ingrati. Se la preterizione, che quì ſi accenna ſi doveſſe ſentire della paterna, una gran parte del dritto Romano, e delle leggi dell'iſteſſo Imperador Giuſtiniano verrebbe a crollare, e ſarebbe queſta ſtraniſſima interpetrazione anche contraria alla ſua novella, ed al ſenſo, che generalmente ſe l' è dato.

Tutti l' Interpetri convengono, che anche ſecondo queſta novella il teſtamento del Padre, dove ſi trovi preterito il figlio, ſia nullo (1), e che tale debba riputarſi, quando anche, per giuſtificare la preterizione, ſi allegaſſe qualunque cauſa d' ingratitudine (2).

Se dunque in forza della coſtituzione iſteſſa di Giuſtiniano la preterizione del figlio toglie tutto il vigore al teſtamento; ſe come non era per le antiche leggi, anche oggi non è permeſſo al padre di preterire il figlio, ne ſiegue, che quel

D 2 tale

(1) *Donel. Comment. de jure civ. cap.* 12. *n.* 1. *Hilliger. not. ad Donel. cap.* 13.

(2) *Jul. cl. §. teſtam. quæſt.* 42. *Cocc. lib.* 5. *tit.* 2. *de inof. teſt.*

tale divieto di preterire i figli , che nel contrario senso contiene una facoltà di poterlo fare , *si probabuntur ingrati* , si ha da sentire de' figli preteriti dalla madre , e non già di quelli, che siano preteriti dal padre.

Se ogn' altro argomento mancasse , le poche riflessioni, che si son fatte su 'l primo passo di questa Costituzione, bastarebbero a persuaderci, che in essa della sola eseredazione si parla. Meglio ce ne ricrederemo, col notarne distintamente tutte le parti. Esaminandole col dovuto criterio , si ritroverà , che la cosa si riduce a dimostrazione , o si attenda lo scopo , ed il fine della legge , o l' idea , e la mente del Legislatore. Dopo aver prescritto Giustiniano , che i figli non si possano preterire , o eseredare , *nisi probabuntur ingrati* = Soggiunge , *sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant judicari , in diversis legibus dispersas , & non aperte declaratas invenimus , quarum aliquæ nec dignæ nobis ad ingratitudinem visæ sunt , aliquæ vero , cum essent dignæ , prætermissæ sunt. Ideo necessarium esse perspeximus eas nominatim præsenti lege comprehendere , ut præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere , nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur.*

Quanto più rifletto su 'l tenore di questa legge , tanto meno giungo a comprendere , d' onde abbia potuto derivare , che nell' interpetrarla , ci sia tanta pugna tra Scrittori . Se è vero , che

non

non le parole, ma la ſentenza della legge ſi hà d'attendere, ſe è vero, che a penetrarne il ſenzo, al fine, ed allo ſcopo della legge ſi ha d'aver l'occhio, ſe per una ragionevole interpetrazione, queſte vie ſi anno da tenere, la legge, di cui parliamo, è così aperta, e chiara, quanto è chiaro l'oggetto, quanto indifficoltabile è il fine, per cui fu ſcritta, e dettata. Perchè (dice Giuſtiniano) le cauſe, per le quali i figli ſi devono riputare ingrati, ſi trovano diſperſe in diverſe leggi, ne apertamente dichiarate, e di eſſe altre non ſono da attribuirſi ad ingratitudine, altre, che veramente peccano di queſto vizio, ſi veggono omeſſe. *Ideo neceſſarium eſſe perſpeximus, eas nominatim præſenti lege comprehendere &c.*

Io non credo, che un Legislatore ſi poſſa meglio ſpiegare, per far capire la ſua mente, e dove tendono le ſue mire. Nella prima parte vuole, che i figli non poſſano eſſere eſeredati, o preteriti, *niſi probabuntur ingrati, & ipſas nominatim ingratitudinis cauſas parentes ſuo inſeruerint teſtamento*. Siegue poi a farci vedere il diſordine delle leggi antiche riguardo a queſte tali cauſe d'ingratitudine, e per ripararci forma la ſua legge, e preſcrive, che fuori delle cauſe compreſe in eſſa, dell'altre ſcritte in altre leggi, non ſi teneſſe alcun conto. Poſto ciò, chi non vede, che alla ſola eſeredazione ſi reſtringono le ſue

providenze ? Chi non vede, che tutto il suo contenuto a questo solo oggetto è adattabile? Non si può negare, che anche nel sistema dell'antica giurisprudenza, non si potevano eseredare i figli, *nisi meritis de causis*. Ne abbiamo in pruova la testimonianza del Giureconsulto Paolo. *Cum ratio naturalis, quasi lex quædam tacita, liberis parentum hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod, & in jure civili suorum heredum nomen eis inductum est; ac ne judicio quidem parentis, nisi meritis de causis summoveri ab ea successione possunt &c.* (1). Non erano però queste tali cause certe, e in un numero determinato: Dipendevano intieramente dall' arbitrio del Giudice; d' onde nasceva, al dir di Valerio Massimo (2), la varietà grande ne' giudizj di questa sorta; ne si richiedeva, che 'l padre l' inserisse nel suo testamento; se l' inseriva, bastava la sua assertiva: al figlio toccava discaricarsi, e dimostrare di non aver mancato all' ossequio dovuto al padre (3); se nel testamento la causa non si esprimeva, poteva l'erede scritto allegarla, ed opporla al figlio. (4) Questo antico sistema riformò Giustiniano colla sua Costituzione. Ridusse le cause d' ingratitudine ad

(1) *L. 7. ff. de bon. damn.*
(2) *Lib. 7. cap. 8. de testam. rescis.*
(3) *L. liberi C. de inoff. testam.*
(4) *D. l. liberi.*

ad un certo determinato numero, *ut præter ipſas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis cauſas opponere*. Volle che s' inſeriſſero nel teſtamento paterno, e la dove per l' antico dritto il figlio era tenuto diſcaricarſi, addoſsò l' obligo della pruova intieramente all' erede ſcritto.

E ſe quelle tali leggi antiche, riformate poi da Giuſtiniano, non parlano, che di eſeredazione, e dello ſtile, che ſi uſava a quei tempi in queſto giudizio. Se le cauſe d' ingratitudine, che l' iſteſſo Imperadore accenna, ſparſe in varie leggi, l' eſeredazione feriſcono, come mai, per quali principj ſi può pretendere, che la nuova legge alla preterizione paterna ſi poſſa eſtendere?

Se l'iſteſſo Imperadore, dopo aver deſignate, e deſcritte le cauſe d' ingratitudine, nel decidere del valore del teſtamento, e del deſtino de' figli, ſolo degl' eſeredati parla, e non già de' preteriti, mi pare, che tanto è comprenderci queſt' ultimi, quanto opporſi direttamente alla lettera della legge, ed al volere del ſuo autore. *Sive igitur* (queſta è l' ultima parte della Coſtituzione, che parla de' figli) *omnes memoratas ingratitudinis cauſas, ſive certas ex his, ſive unam quamlibet parentes in teſtamento ſuo inſeruerint, & ſcripti heredes nominatam, vel nominatas cauſas, vel unam ex his veram eſſe monſtraverint, teſtamentum ſuam habere firmitatem decernimus. Si autem hæc obſervata non fuerint, nullum exheredatis liberis præjudicium generari, ſed quantum ad inſtitutio-*

nem heredum pertinet , testamento evacuato , ad parentum hereditatem liberos , tanquam ab inte- stato ex æqua parte pervenire , ne liberi falsis accusationibus condemnentur , vel aliquam circum- scriptionem in parentum substantiis patiantur &c.
Quì parla l' Imperadore della sola eseredazione, e si restringe a questa sola nel prescrivere secondo i ca- si le sue providenze. Se la causa della ingrati- tudine (dic' egli) sarà inserita nel testamento, e provata dall' erede scritto *Testamentum suam habere firmitatem decernimus*. Se manca la pruo- va, *si hæc omnia observata non fuerint , nullum exheredatis liberis prejudicium generari*. Non fa menzione quì Giustiniano de' figli preteriti, par- la solo degli eseredati ; ed io non credo, po- terci essere spirito così intraprendente, che sot- to questo nome voglia pretendere compresi dalla legge i figli preteriti. Si sanno troppo le diffe- renze, che corrono trà loro, e la diversa figura, che fanno nel corpo della giurisprudenza, ed in quanto all' azione accordata agli uni, differente da quella degli altri, ed in quanto alla manie- ra di sperimentarla. L' istesso Giustiniano nelle varie leggi, che di lui abbiamo a questo pro- posito, ha distinto sempre sullo stile delle anti- che gli eseredati dai figli preteriti.
Se nell' interpetrare le leggi è permesso da una par- te di esse trarre argomento per spiegar l'altra; Se è vero, che l' antecedente, quando da quella che siegue vien ristretta, e limitata, la seguente limita-
zio-

zione si ha d'attendere ; avendo noi dalla ultima parte della legge, che Giustiniano parla de'soli eseredati, abbiamo da conchiudere, che la sua legge per questi soli fu scritta ; e spiegando coll' ultima la prima parte, si ha da dire, che la menzione fatta nella prima de' figli preteriti, si ha da rapportare ai preteriti dalla madre, che si riguardano nel dritto come eseredati, per la ragione, che così le due parti della legge possono convenire insieme, così la prima con l' ultima parte può conciliarsi.

Torno a dire, non capisco, come in un punto così facile, ed andante abbiano potuto insorgere opinioni tanto diverse. Se vi è legge, che in tutte le sue parti ci faccia vedere chiaro il suo scopo, certamente è questa. Nella prima parte parla di preterizione insieme, e di eseredazione, per farci capire, situando l'una, e l'altra nella stessa bilancia, che intende parlare di cose della stessa natura, come lo sono l'eseredazione paterna, e quella, che nasce dalla materna preterizione.

Corrisponde alla prima parte della legge la seconda, da che dopo di aver vietato nella prima ai genitori di preterire, o eseredare i figli, *nisi probabuntur ingrati* (termini, che convengono solo alla eseredazione, e non già alla vera preterizione, ch' è la paterna), per farci sempre più comprendere, che solo a meglio sistemare la materia dell' eseredazione, erano dirette le sue mire,

pruo-

promuove la riforma dell' antico dritto in questa parte, e restringe le cause d' ingratitudine, prima vaghe, incerte, e disperse in diverse leggi ad un certo determinato numero. Corrisponde in fine la terza, ed ultima parte della legge alla seconda, ed alla prima, dal vedersi, che ivi Giustiniano nell' ipotesi, che la causa della ingratitudine non si trovasse inserita nel testamento, o non provata dall' erede scritto, per togliere qualunque equivoco, che avesse potuto produrre il nome di preterizione da lui usato nella prima parte della sua legge, parla de' soli eseredati, *quod si hæc omnia observata non fuerint NULLUM EXEREDATIS LIBERIS præjudicium generari.*

Potea far dippiù l' Imperador Giustiniano per farci capire la sua mente? Potea meglio concertare tutte le parti della sua legge, per farci comprendere, che la sola eseredazione n' era l' oggetto, e che a questa sola il suo nuovo dettame si restringea. E se con tanta chiarezza l'autore della legge si è spiegato, volerne confondere il senzo, e sconvolgere l' antico sistema della nostra giurisprudenza, solo per essersi usata la parola preterizione, non è parlare da uomo versato nella scienza delle leggi. *Jurisprudenti* (ha Giacomo Cujacio) *non convenit ex uno verbo præteritionis, non per se posito, sed adjuncto exheredationi, ut in dic. Novel.* 115. *tamquam ex uno fragmine fortuiti ligni statim arietem, vel testu-*

ſtudinem ædificare velle; qua oppugnetur, vel expugnetur maxima pars digeſtorum, non uno verbo, ut ait l. ſi quando C. de inoffic. teſtam. totum jus teſtamentorum civile & prætorium multis vigiliis excogitatum, & inventum, temere ſublatum eſſe credere. (1)

Fiſſata la vera intelligenza della novella coſtituzione di Giuſtiniano, paſſo a confutare gli argomenti, che in contrario ſi adducono, per eſtenderla alla preterizione paterna.

Ci ſi oppone in primo luogo, che vietando Giuſtiniano indiſtintamente agli aſcendenti dell' uno, e dell' altro ſeſſo di eſeredare, o preterire i figli, non ci è ragione da eſentarne la paterna preterizione.

Queſto argomento in vece di nuocere, più giova al mio aſſunto. L' obligo nel padre d' iſtituire i figli, e 'l dritto di poterli eſeredare derivano dalla forza della patria poteſtà. La madre non avendo i figli in poteſtà, a tanto non è tenuta; preterendoli però, la ſua preterizione ſi ha in luoco di eſeredazione. Avendo Giuſtiniano generalmente proibito agli aſcendenti dell' uno, e dell' altro ſeſſo la preterizione, e l' eſeredazione de' figli, ſenza diſtinguere ciocchè proibiva agli

(1) *Comment. ad l. 17. de injuſt. rupto irrito facto teſt.*

agli uni, e quello, che agli altri vietava, si ha da supporre, che uno fosse, e l' istesso lo scopo del suo divieto, cioè l' eseredazione, che comprendeva anche la preterizione materna; ed a credere così ci porta quello, che dopo la proibizione soggiunge l' istesso Imperadore = *Nisi forsan filii probabuntur ingrati*, linguaggio, (mi sia lecito di ripeterlo) che alla sola eseredazione si adatta, e conviene.

Fra gli Scrittori, che ci oppone l' Avversario sopra tutto conta, e fida nell' autorità di Ugone Donello. Riflettendo questo per altro insigne Autore sul quarto capo della Novella dove Giustiniano condanna tuttociò, che si trovasse nelle altre leggi prescritto riguardo ai legati, e fedecommessi, che vuol salvi ne' casi della rescissione del testamento, ne deduce; che sia stata riformata quella parte del dritto, dove per la preterizione del figlio in potestà, riputandosi nullo il testamento, ne le libertà, ne' fedecommessi, ne legati si doveano; ma non avvertì quel savio interpetre, che l' Imperadore nella sua Novella mentre salva, tolta la sola istituzione, il resto del testamento, o sia i legati, ed i fedecommessi, parla non già di un testamento nullo dal principio, per la preterizione del figlio in potestà, che tutta rovescia l' intera disposizione, ma di quel testamento, ch' essendo valido *ab initio*, viene a

sc-

rescindersi col mezzo della querela d' inofficioso.

Schifordegero, che profondamente tratta di questo punto dividendolo in dieci dottissime questioni, nella settima si dà carico dell' assunto di Ugone Donello, e fa vedere, quanto siano diverse le leggi, che quì Giustiniano abolisce, da quelle, che riguardano la preterizione paterna, e quanto male interpetra il Donello questo passo della costituzione, confondendo l' eseredazione, che sola cade sotto la lettera, colla preterizione paterna, che a differenza dell' eseredazione, porta seco la nullità dell' intiero testamento (1).

Io

(1) *Casparus Schifordegherus Tractatus XVII. de Legatis, & Fideicommissis.*

Tertio, dubitationem omnem circa praeteritionem paternam Imperatorem sustulisse ait patere Donellus ex verbis d. Novel. cap. 4. in fine, ubi diserte cautum est: si quid pro legatis, sive fideicommissis, & libertatibus, & tutorum dationibus, aut quibuslibet aliis capitibus in aliis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium, hoc nullo modo obtinere debere. Unde infert Donellus olim, filio in potestate praeterito, neque legata, neque fideicommissa valuisse; hodie legata, & caetera debe-

Io trovo in più luoghi di questa costituzione, che si fa menzione della sola eseredazione, l'
uno

---

beri. Quid ita dicet quispiam? Respondet Donellus, omnes has, & similes juris veteris sententias ad normam hujus constitutionis emendari. Sed neque haec illatio consistere potest. Tractat enim Imperator de legatis conservandis ex testamento valido, ut illud quoad institutionem rescindat, quoad vero legata, pro non rescisso obtineat. Atque sic concludit in fine, ut si huic constitutioni quid contrarium in anterioribus reperiatur legibus, id se præsenti lege voluisse emendare. Cum igitur constitutio de legatis conservandis ex testamento valido, quod tamen rescindi possit, agat, frustra est cur illam ad praeteritionem paternam transferamus, ex qua testamentum ipso jure nullum, & inutile redditur. Recte denique dicemus, rescisso testamento ex causa quærelæ inofficiosi, hodie legata, & fideicommissa deberi, quae tamen olim non debebantur: in eoque vis, & effectus verborum, & finalium capitis quarti positus est. Emendatam siquidem intelligimus inde l. Papinianus §. ult. cum mater. ff. de inoffic. test. Et uno verbo dicam, ea tantum jura sublata vult Imperator, quae contra hanc Novel. faciunt, non etiam cetera, quae salvari possint, arg. Novel. 89. cap. 7. Illud notas-

uno è quell' istesso, donde Ugone Donello deduce che riformato il testamento in quanto all'

---

tasse refert, quomodo Donellus non quidem pernegет jus praeteritionis paternae hodie correctum esse, sed tamen affirmet, Justinianum in initio cum caverit, non licere parentibus liberis praeterire, non hic subsistere, verum postea, si hoc factum sit, pœnam constituere, & nominatim hanc, non ut praeteritio, aut exheredatio testamentum nullum reddat, sed ut non noceat liberis: item ut valeat testamentum, sed postea rescindatur. Verissimum siquidem est constituisse Imperatorem licere parentibus præterire liberos, at immutasse illum, ut non hodie, sicut olim testamentum nullum reddi debeat, id plane falsum. Etenim cum Imp. ex praeteritione testamentum rescindi deberi statuit, & tamen nullam mentionem facit, quod hujusmodi olim ab initio inutile fuisset, prorsus consequens est, eum de testamento, quod ex praeteritione materna, sicut olim, sic & nunc rescindi disposuisse, neque in hoc novum jus statuisse. Alioqui, si de paterna praeteritione, ex qua testamentum ab initio inutile redditur, Imperator egisset, utique verbulo illud expressisset, quomodo alias solet ille sibi placere, adeoque gloriari, quoties aliquid constituit, quod a juris veteris ratione abhorreat.

all'istituzione, si debbano i legati &c. L' altro notato da Gottofredo nel §. 9. della istessa Costituzione = *Si convictus fuerit aliquis liberorum ex eo quia proibuerit parentes suos condere testamentum, ut siquidem postea facere potuerint testamentum, sit eis pro tali causa filium exheredandi licentia*. Il terzo, è nel §. 13.: *Sed hæc quidem quantum ad personas dicta sunt, quas exheredare non licet, nisi ingratitudinis causas ubique approbari contigerit*. Il quarto finalmente è nel §. 14. dove parla de' figli, che apostatassero dalla nostra religione = *pro hac maxime causa ingratos esse, & exheredes in suo scribere testamento &c.*

Spiegandosi dunque Giustiniano in tanti diversi luoghi coi termini d'eseredazione, e non essendo presumibile, ne regolare, che sotto lo stesso vocabolo abbia inteso di comprendere la preterizione paterna, tanto diversa nel nome, e nella sostanza dalla eseredazione, si ha da credere, che la preterizione accennata nel principio della sua legge sia la materna, come quella che coll'eseredazione, secondo i principj del dritto, si confonde, e che tutt' altro abbia avuto in mente, fuorche di emendare in minima parte il dritto antico sul punto della preterizione paterna.

L'altro argomento di Ugone Donello è questo. Pongasi, dice egli, che Giustiniano abbia voluto salvi i legati, e li fedecommessi nel solo caso, che i figli si trovassero ingiustamente eseredati-

dati dal padre, per uguaglianza di ragione l'isteſſe miſure ſi doverebbero tenere, quando fuſſero preteriti = *Nam ubi minor eſt injuria teſtatoris, æquum eſt illius voluntati plus tribuî, quam ubi major eſt ejus injuria. Major autem ea eſt, quum aperte falſis accuſationibus liberos exheredat, quam ubi ſilentio præterit, ubi eos non lædat. Quare ſi ex cauſa exheredationis, attribuitur patri, ut legata ab eo relicta valeant; multo magis hoc ei tribuendum, ut valeant, liberis tantum ab eo præteritis.* Non ci veggo in queſto argomento un penſare degno del ſuo Autore. Se le leggi diſtinguendo tra eſeredazione, e preterizione, permettono l'una, e proibiſcono l'altra; ſe vogliono valido il teſtamento, dove ſia eſeredato il figlio, invalido, nullo, e come non ſcritto quello, in cui il figlio ſia preterito, in queſta bilancia, ch' è tutta legale, mi pare, che preponderi in ragione d' ingiuria, all' eſeredazione la preterizione paterna; e conſeguentemente che non poſſa correre l'argomento dall' una all' altra, come Donello ha creduto.

L'allegarſi dal padre una falſa cauſa, per eſeredare il figlio, ſi riduce ad una ingiuria, che finiſce in parole, ma preterirlo, non parlarne nel ſuo teſtamento, quaſi aveſſe in abominazione anche il nome del figlio, ed in quanto a ſe lo riguardaſſe come non più tra viventi, o come un membro ſciſſo dal corpo della famiglia, è una ſpecie d' inumanità, che non ſi è mai tollerata,

E co-

come quella, che al dir di Artmanno (1), tende ad offendere nella più delicata parte le leggi positive, e naturali, e come la maggiore di tutte le ingiurie, che un padre possa fare al figlio. (2)

Quando il padre esereda il figlio, l'ingiuria si ridurrà a quella tale causa, che ne allega; ma quel padre, che quasi figlio non avesse, col silenzio lo priva del suo retagio, quel padre, che alcun motivo non ne adduce, come non è naturale, che se ne adduca nella preterizione, fa supporre nel figlio tutti i demeriti del mondo, e perciò l'ingiuria è più grave, e più dalle leggi abborrita. Lasci dunque Donello di trarre conseguenza dalla eseredazione, di cui nel conservare i legati &c., parla chiaramente Giustiniano, per fissare la stessa regola nella preterizione.

Questo passo della Novella, come ci porta alla sua vera intelligenza, e riduce a dimostrazione l'assunto di aver lasciato Giustiniano intatta la ragione de' figli preteriti per la nullità dello intero testamento paterno, non è maraviglia, che abbia posto a partito la mente di coloro, che sentono il contrario. Donello più degli altri impegnato a sostenere il suo punto, sforzandosi per tutte le vie, di evitare questo scoglio, dopo gli addotti argomenti, ne forma un'altro più bizzar-

(1) *De testam. inter liberos quaest.* 1. *n.* 13.
(2) *Schifordegher. de legat. & fideic. quaest.* 6.

zarro, ripetendo lo stesso passo della Costituzione = *Si autem hæc observata non fuerint, nullum* *EXEREDADIS LIBERIS præjudicium generari: Sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex æqua parte pervenire, ne liberi falsis accusationibus condemnentur, vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur. Accusatio falsa* (interpetra Donello) *est in exheredatione: circumscriptio in præteritione*; ma donde rileva Donello, che fusse stata idea di Giustiniano di accennare nella falsa accusa l'eseredazione, e nella circoscrizione la preterizione de' figli.

Certamente dal naturale significato di queste espressioni ciò non risulta, e se, *pace tanti viri*, mi avvanzo a dire, che la sua è una interpetrazione del tutto capricciosa, e divinatoria, pretendo di non ingannarmi. Niente è più facile quanto capire quello, che si trova qui dettato dall'Imperatore. *Ne filii aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur.* Il senso è questo: Perche i figli, trascurandosi quelle tali formalità da lui prescritte, riguardo alle cause d'ingratitudine, alla inserzione di esse nel testamento paterno, ed alla pruova da farsi dall' erede, non restino circonvenuti, e pregiudicati nel diloro dritto sulle sostanze paterne.

La Circoscrizione ha diversi sensi: nel senso, in

 cui

cui l'adopra in questo luoco Giustiniano, dinota frode, inganno, circonvenzione. Intese egli con questo passo della costituzione di farci comprendere, che la sua idea era stata di porre al coverto l'interesse de' figli ne' giudizj di esoredazione: *Ne aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur*, quasi avesse voluto dire quel savio Principe: Io con questa mia nuova legge, emendando le antiche, ho notate distintamente le cause d' ingratitudine, e ne ho fissato il numero: Ho voluto, che s' inserissero nel testamento, e si provassero dall'erede, affinchè i figli non siano per false accuse condannati, e non restino per via di cabbale, e di cavillosi ripieghi esclusi dall' eredità de loro genitori, come secondo l' antico sistema, non atto a riparare in sì fatti giudizj questo disordine, soleva accadere.

Questo è tutto ciò, che volle dire l'Imperatore con quel passo della sua legge. Pretendere, che *sub illo verbo, circumscriptionem*, abbia inteso di designare la preterizione, è una interpetrazione così strana, tanto ideale, e lontana dal significato della parola; dal tenore della legge, e dal suo scopo, che se tornasse Giustiniano dall'altro mondo, e contestasse, che pensò così, come Donello l' interpetra, io neppure ne sarei persuaso.

Più speciose sono le consequenze, che da questo estro di Donello il Contradittore ne deduce. Io

Io non me ne dò carico, perchè dove l'antecedente difetta, le illazioni non sono legittime.

Non posso però in questo luogo dissimulare il torto sensibile, che l'Avversario mi fa, credendomi capace di abusare delle leggi, e di tradirne il senso, avvalendomene dimenzzatamente, come suppone avere io praticato nell'allegazione dell'anno 1777., parlando della Novella 115. Non posso tollerare l'avvertimento, di non doversi dagli Avvocati imitare gli antichi Oratori ,, che delle leggi ne prendevano quella sola parte ,, che loro giovava ,, senza darsi carico del dippiù.

Io nell'all'allegazione del 1777. parlai in generale della costituzione di Giustiniano, senza recarne alcun passo, nè mi fondai, come egli dice, nella sola dottrina di Cujacio, che tanto sarebbe bastato, ma mi avvalsi ancora di un numero non dispregevole de' più accreditati Interpetri. E se è così, come ne fa pruova la stessa allegazione, perchè insultarmi, quasi avessi tralasciato gli altri luoghi della Costituzione, che a senso suo mi noceano, e mi fossi appoggiato all'autorità di un solo interpetre? Dirà, che senza fingere in me questo difetto, non averebbe potuto far uso di quel pezzo di erudizione tratto dallo stile (dice egli, non so con qual fondamento) degli antichi Oratori, e dai rimproveri di Eschine a Demostene. Tutto và bene, ma non si hanno da piantare favole, non si ha da fare l'erudito a costo dell'altrui riputazione.

Fin

Fin quì si sono esaminate tutte le parti della costituzione, anche a fronte delle opposizioni, e degli argomenti, che si portano in contrario; e si è fatto vedere, che l' Imperatore Giustiniano non intese in quella sua legge di parlare de' figli preteriti dal padre; ma tuttociò non basta a giustificarmi, non basta a smentire il reato, che mi s'imputa di voler introdurre nel Foro un' opinione del tutto nuova, ed erronea. Bisogna far vedere, che non ho avuto mai la vanità di farmi autore di nuove dottrine, e che quant'ho scritto sull' assunto, non solo non è una novità, ma un estratto vero della legge, così dai primi luminari della Giurisprudenza capita, ed interpetrata.

Non rapporto quì in primo luogo l' autorità di Giacomo Cujacio, e per averla di sopra allegata, e perche nell' allegazione dell' anno 1777. feci uso principalmente della sua troppo fondata, e legale opinione sù questo punto. Comincio dunque dal sentimento di Gotofredo nel commento di un responso di Papiniano *Filio præterito* (ha Papiniano) *qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata præstantur,* quì Gotofredo *al num.* 61. *non idem erit,* ripiglia, *si filius injuste exheredatus: tunc enim legata debentur, institutio vero hæredis non valet novel.* 115. *cap.* 3. *in fine*. E' breve il commento, ma spiega a meraviglia l'idea del suo Autore. Credette dunque Gotofredo, che la no-

vel-

vella di Giustiniano niente riformò del dritto antico, riguardo alla preterizione paterna, e che de' soli figli eseredati intese di parlare.

Il Contraditiore lo cita per se, e ne rapporta il commento all' *auth. ex causa. Testamentum*, è la nota di Gotofredo in quel testo, *in quo liberi injuste exharedati, vel præteriti sunt uno respectu irritum est, altero non est irritum. Irritum est quoad institutos, non quoad legatarios.* Ma qui si vede chiaro, che Gotofredo intende parlare de' soli eseredati, e de' figli preteriti dalla madre *injuste*, senza giusta causa, non già de' preteriti dal padre, che rendono, o ci sia, o non ci sia la causa, nullo il testamento paterno, come egli stesso opinò nel luogo da me allegato.

Uniforme al sentimento di Cujacio è quello di Antonio Perezio. *Sed verior est Cujacii sententia, quia textus in dict. §. illud quoque, non agit de testamento invalido propter paternam præteritionem, sed valido propter exhæredationem, aut præteritionem, quæ vim obtinet exhæredationis, ut si mater filium, aut avus maternus nepotem, filius patrem prætericrit &c. & disponit, ut si evertatur per querelam legata, & fideicommissa, coeteraque capitula nihilominus valeant, præstarique debeant, sola eversa institutione, in qua testator peccavit; quæ sane dispositio non recte trahenda est ad casum, quo testamentum est nullum propter paternam præteritionem, de qua cum non agat Novella 115. §. aliud quoque, nec per aliud jus* no-

novissimum expresse ab antiquo recessum sit, dicendum est illud adhuc vigere.

Della stessa scuola è Giovanni Voet, il quale distinguendo tra' termini usati da Giustiniano di preterizione, ed eseredazione, sostiene, che l' eseredazione al padre, la preterizione alla madre abbia rapporto. *Quod si liberi sui jam nati in testamento paterno sint silentio præteriti, testamentum ipso jure nullum est, licet hi sui ante patrem mortui fuerint l. si filius ff. h. t. l. si quis eum 16. §. 1. in fin. de vulg. & pupil. substit. pr. instit. h. 1. de exhæred. lib. l. 1. ff. de injust. rupto. irrito test. Non obstante Auth. ex causa C: de liberis præteritis, & quod ea desupta ex Novell. 115. cap. aliud quoque 3. & 4. in qua ex professo de exhæredatione, ac causis exhæredationis, & testamento per inofficiosi querelam rescindendo tractatur, ideoque exheredatio ad patrem deferenda, præteritio ad matrem, tanquam matris tacitam constituens exhæredationem §. ult. inst. hujus tit.* (1),

Ulrico Ubero internandosi un poco più del Uoet nell' esame di questo punto, ci ha lasciato delle sode riflessioni, quanto degne del suo felicissimo ingegno, altretante fondate ne' veri principii del dritto. *Filii familias igitur necessario instituendi, vel exheredandi sunt. Nam silentio si prætereantur, testamentum adeo totum, & ipso jure nul-* lum

(1) *Vohet ad tit. ff. de liberis, & postumis. &c.*

lum eſt , ut nec legata , nec fideicommiſſa , nec libertates exinde valeant. Sed Irnerius conſtitutioni legis ult. C. de lib. præteritis ſubjecit excerptum authenticum ex novella 115. *c.* 3. , *quo iuri veteri ex parte derogatum videtur. Ex cauſa exhæredationis, inquit, vel præteritionis irritum eſt teſtamentum quantum ad inſtitutionem , cætera namque firma remanent . Verum ſi conferatur hic locus cum ipſa conſtitutione, unde ſumptus eſt, patebit, eum de tali præteritione accipiendum, quæ pro exhæredatione habetur, facta ſcilicet a matre, vel avo materno* §. *ult. Imperator enim tota iſta novella* 115. *C.* 3. *docet, quomodo teſtamentum per querelam inofficioſi expugnetur , quam certum eſt , filio a patre præterito nequaquam dari. Indicat in principio dicti C.* 3. *velle ſe aliquid prohibere , quod olim erat permiſſum . Atque præteritio patris olim æque illicita erat , ac hodie , ſed matris, avique materni præteritio ſine expreſſione cauſæ valebat , dum querela reſcinderetur d.* §. *ult. Hanc igitur cohibere , at de illa nihil ſancire voluit . Conſilium ipſi fuit, liberis proſpicere adverſus moroſitatem parentum , non contra effectum aliquem tribuere ipſorum præteritioni , ut diſſentientes volunt .* (1)

Non è diverſo il giudizio , che forma Samuele Coccei della preterizione , che accenna nella ſua novella l' Imperadore Giuſtiniano . *Manet*

 er-

(1) *Lib.* 2. *tit.* 15. *de exhæred. liberorum.*

ergo hodieque differentia, quod sola Mater præterire possit, non pater. Itaut nec valeat hujus præteritio, licet in testamento ejus causam det. Frustra proinde confectum erit testamentum patris, neque instituto, neque exheredato filio, si saltem testamento inferat: Filius impius mihi intulit manus. At in Matre id sufficit, ejus enim præteritio de jure valida est, & cum secundum formam novellæ 115. causa præteritionis inserta sit, nihil amplius deest. Hinc insignis oritur effectus. Si enim pater filium præterit, licet inferat causam testamento, tota dispositio nulla erit, quia contra formam juris antiqui (quæ præcise institutionem, vel exheredationem nominatim factam requirit) peccat. Si vero Mater præterit, non addita causa, corruit quidem testamentum (deficit enim causa, quæ post novellam 115. ad istitutionis essentiam requiritur dict. novell. cap. 3. in fine) sed reliqua capita, sc. legata, substitutiones &c. valent, quia hactenus ex jure antiquo testamentum subsistit. Indeque contra præteritionem patris hodie datur quoque quærela nullitatis; contra testamentum Matris, in quo filius addita causa præteritus est, querela inofficiosi testamenti (1).

Ar-

---

(1) *Lib. 5. tit. 2. de inofficioso testamento quæst. 4.*

Arnoldo Vinnio si diffonde più degli altri nel sostenere, che l'autentica *ex causa*, o sia la novella di Giustiniano, non ferisce la preterizione paterna; la sua è una specie di disertazione, in cui ad una profonda scienza delle leggi ci unisce la forza degli argomenti. Io ne rapporto parte, e lascio il resto con pena, ma son costretto a far così per dar luogo agli altri Campioni del mio partito. Si da carico egli prima della contraria opinione, e comincia a confutarla così = *Ut hoc primum dicam, non bene Irnerius dict. auth. ex causa his verbis concepit; Ex causa exheredationis, aut præteritionis irritum est testamentum; etenim dicere debuerit, testamentum irritum constituitur, aut evertitur. Hoc ex eo apparet, quod Justinianus in tota sua illa constitutione Nov.* 115. *c.* 3. *& 4., unde decerpta est dicta Auth. ex causa, tantum agat de testamentis, quæ ipso jure valent, & ex quibus adiri potest hereditas, sed quæ postea propter iniquam exheredationem, vel præteritionem judicio de inofficioso rescindi possunt, non de iis, quæ ab initio nulla sunt. Utitur enim Imperator his verbis, eaque ingeminat irritum constitui, subverti, rescindi; quæ de iis tantum prædicantur, quæ ab initio constiterunt. Quippe irrita fieri, aut rumpi ea demum dici possunt, quæ cum antea constarent, eversa sunt. Privationem enim significant: privatio autem, ut in scholis loquuntur, præsupponit*

 ha-

habitum . . . Unde liquet non de aliis testamentis Iustinianum agere , quam quæ ipso jure valent, quale non est testamentum patris , in quo liberi præteriti . Hoc enim ab initio ipso jure nullum, & inutile est . Nihil igitur Justinianus circa præteritionem paternam novi juris introduxit . (1)

Così l' intese , così spiega l' Autentica *ex causa* nel suo Codice Antonio Fabro. *Ex causa exheredationis , vel præteritionis , quæ pro exheredatione haberi debeat ; qualis est illa , quæ a matre fit , rupto , vel irrito facto testamento , solam institutionem corruere Justinianus voluit , cætera vero omnia firma remanere , itaut ex ipso etiam testamento , ac si nec ruptum , nec irritum factum esset , debeantur . Quid ergo si præterito a patre filio , quem habebat in potestate , testamentum non ruptum , aut irritum fuerit , sed ipso jure nullum , & injustum ? Ad hunc casum non pertinent verba constitutionis , sed tantum ad causam rupti , vel irriti facti testamenti : Cujus hac parte in eo dissimilis ratio est , quod favorabilius videri debeat , testamentum ex post facto ruptum , vel irritum factum , quoniam aliquando valuit , quam quod ab initio nullum , & injustum fuit . Ergo de paterna præteritione intelligi constitutio non potest , sed de materna tantum , quæ , ut dixi , pro exheredatione est .* (2) Ein-

(1) *Vinnius select. jur. quæst. lib.* 2. *cap.* 20.
(2) *Codicis Fabriani l.* 6. *tit.* 9. *de lib. præter. Definit.* 1.

Einecio col suo solito stile chiaro, e preciso vuol anche oggi nullo il testamento in quanto all' istituzione, ed i legati, quando in esso siano preteriti i figli (1). *Quumque Justinianus discrimen inter natos, & posthumos, non suos & emancipatos substulerit, consequens est, primo, hodie sui, ac suae praeteriti testamentum nullum dicant, illudque tum ratione institutionis, tum ratione legatorum infirment. Nov.* 115. *cap.* 3.

Concorre anche Pietro di Gregorio a sostenere il nostro assunto. *Contraria tamen verior est sententia: neque auth: ex causa, aut* §§. *novellae, unde sumpta est, de praeteritione paterna loquuntur, ex qua nullum sit testamentum, sed de materna praeteritione &c.* (2)

Claudio Chiflezio dopo aver premesso, che secondo gli antichi più insigni Interpetri, la novella di Giustiniano non ha luoco nella paterna preterizione, attaccandosi alla loro opinione, la compruova con sode ragioni. *Nobis potior videtur veterum sententia, ... eoque magis in hanc descendo, quia tot circuitus distinctionum, quas passim DD. invehunt, respuit, & simplicitatem legibus amicam magis conservat. Nobis his potissimum niti placet, ut dicamus, Justinia-*

F 3

(1) *Einecio tom.* 2. *p.* 5. *tit. de lib. & posth. hered. inst.* §. 25.

(2) *Lib.* 42. *Sintag. Juris Univers. cap.* 22. *n.* 31.

niani novellam legem ad inofficiosa tantum testamenta pertinere, non quidem, ut querela tollatur, aut vis ejus infringatur (quod ex veteribus, ab Accursio relatis, male quidam existimarunt) sed ut jura ejus clariora, certioraque reddantur: nam, cum olim exheredatio, & praeteritio sine caussis fieret (de quarum jure apud Centumviros disceptabatur, & quarum numerus incertus, atque arbitrarius erat) primus Justinianus Novell. sua 115. cap. 3. cum seqq. exprimi caussas in exheredatione, ac praeteritione constituit, numerumque earum definivit, sic ut hodie semper exheredatio, aut praeteritio cum elogio fiat, non arbitrario, ut olim, sed jure, legeque cognito, quod ante non erat, l. 1. §. idem ait 9. D. de Carb. Edic. Itemque adjecit, ut subverso per quaerebam testamento, institutio sola rescinderetur, legatis, & caeteris in suo robore manentibus, atque ea parte testamento minime convulso. Haec autem maxime firmantur Juliani antecessoris Nov. interpretis probatissimi auctoritate, qui in cap. 3. in f. vers. fine igitur d Nov. 115., unde excerpta auth. ex caussa C. de liber. praeterit. hanc epigraphem praeposuit, De inofficioso testamento, unde conjicere licet, definitionem Nov. casus illos respicere, quibus de inofficioso queri licet. Id vero fit, vel propter injustam exheredationem, aut propter indignam praeteritionem l. 3. cum seqq. ff. de inoffic. testam. Constitutio igitur de vera exeredatione, id est,

quae

quæ a patre, de vera item præteritionem, nempe, quæ a matre fit, loquitur. (1)

Osualdo Illigero recedendo dall' opinione di Donello, dimostra con validissimi argomenti, che Giustiniano nella sua novella intese di parlare de' figli preteriti dalla madre, non già della preterizione paterna. *Quia in dicta Novella* 115. *per præteritionem intelligitur non alia, quam matris, vel avi materni, vel filii, qui patrem præterit, quæ loco exheredationis est. Ubi enim eadem ratio illius constituitur, quæ exheredationis, & ex utriusque causa dicitur testamentum everti, evacuari, rescindi, dicta Novella* 115. *cap.* 3. *in fin. & cap.* 4. *in fin. Atqui & noster Donellus fatetur, ex præteritione paterna nullum esse, saltem quoad institutionem. Quid quod sola illa vere preteritio est, quum nullus sit effectus, Chiffert: lib.* 3. *de jure fideicom. cap.* 5. *Quia Imperator voluit auferre injuriam præteritionis, scilicet eam, quæ antea non ablata, contra quam liberis non plene prospectum erat. Ea autem est materna, & quæ illi similis. Præteritis enim a patre leges antiquæ plenissime consulunt, & durum est, constitutionem in favorem liberorum editam in eorum incommodum torqueri. Et hic a nostro Donello recedo* (2).

 Pie-

(1) *De jure fideicom. lib.* 3. *cap.* 8.
(2) *In Donell. enucleat. lib.* 6. *c.* 13. *ad lit. F.*

Pietro Gilchennio rinomatissimo Giureconsulto, dandosi carico di quanto in contrario si allega per estender la novella di Giustiniano alla paterna preterizione, e specialmente di due de' loro argomenti, l' uno fondato sulla base, d' aver più volte l' Imperadore fatto uso de' termini di preterizione, l' altro sul motivo di aver derogato alle altre legi ripugnanti alla sua novella, risponde così: *Quamvis verbum præteritionis repetatur in persona filii patrem omittentis, tamen hæc observatio parum momenti adferre potest. Etenim hæc præteritio vim exheredationis habet, adeo ut quærela opus sit ad convellendum testamentum L. pater filium 14. ff. de inoff. testam.; unde confirmat nostram explicationem, quod & ipsum dicere possumus de §. sola, ut scilicet intelligatur de præteritione materna, vel filii. Et si Justinianus derogaverit aliis legibus, quæ suæ constitutioni repugnarent, non tamen intelligitur illas leges antiquasse, de quibus nec cogitavit, argum: L. qui cum tutorib. §. si ff. de transact., nec etiam sermonem fecit, unde occurrit definitio L. præcipimus §. infra de appellat., non censeri abbolitum, quod lex nominatim non rescinderit* (1).

E' tedio, lo veggo: anch' io mi sono annojato nel consultare tanti Scrittori, e recarne l' uniforme loro sentimento, ma ho dovuto farlo per discaricarmi, e chiedo scusa, se a quest' istesso og-

(1) *Commentar. Petri Gilken ad lib. VI. cod. tit de liberis præter. vel exhered.*

oggetto mi avanzo a notare i soli nomi almeno de' seguenti altri Autori *Treutler vol.1. disputat. 13. th. 7. Andreas Gerar. exercit. justin. dec. 8. Raphael Cuma in l. filio ff. de injusto rup., Bocer. clas. 3. disp. 3. th. 16. edit. 2. Ferrerius in suis add. ad Guid. Pap. Goveanus ad l. 43. §. 2. de vulg. & pupill. subst. Gloss. in Novell. 115. §. aliud quoque capitulum Antonius Meren. contr. jur. l. IV. cap. 38. Fulgos. in Auth. ex causa n. 4. & 5. Alciatus parergon. lib. 4. cap. 9. Odophredus ad Auth. ex causa in verb. præter. Accursius ad l. prim. C. de post. hered. inst. Azzo in sum. C. de liberis præter. Oltrado cons. 133. & 149. Cyn. Susar., Vesut., Igneus, Vasq. lib. 2. de succ. creat. §. 5. p. 3. Requis. 29. n. 191. & lib. 2. de succes. pro gres. §. 14. n. 125. Bas. 3. Parad, 6.*

Non la finirei mai, se tutti volessi rapportare gli Autori, che sono del mio partito. Scelga il Contradditore. Qui ne trova di tutti i tempi, de' recenti, de' più lontani, e de' più antichi Interpetri del dritto.

Sull' autorità di questi Scrittori, e di tanti altri, che tralascio: coi lumi di questi grandi Eroi della vecchia, e della moderna scuola, che hanno illustrato con tanto loro sudore, e fatica i passi più difficili, ed oscuri della nostra giurisprudenza: con questi lumi, con questa scorta intrapresi, che la novella Costituzioue di Giustiniano non avea punto alterato il sistema delle antiche leggi sul punto della paterna preterizione. Dica ora l' Avversario, se ne ha il coraggio, che

che sia una novità il mio assunto. A fronte di tanti campioni, che lo garantiscono, dica se può, che io sia caduto in uno abisso di massicci errori. E se al vedere presidiata, difesa, e posta in chiaro la mia innocenza col testimonio di tanti valenti uomini, più non gli dà l' animo di dirlo, mi faccia almeno egli stesso giustizia. Io non pretendo molto da lui, mi basta solo, che si ritratti, e che creda non esser io di quelli, che parlano, e si sbilanciano a caso senza pesare prima quello, che intraprendono.

Non è strana, non è nuova l'intelligenza da me data alla costituzione di Giustiniano. E' sentenza adottata in tutt' i tempi dai migliori, e più accreditati Interpreti antichi, e moderni; è la vera sentenza della legge: è la legge istessa. E che questa legge così sempre sia stata interpetrata, ed osservata presso di noi, ne abbiamo una pruova, ne abbiamo uno esempio, tra gli altri dall' istessi atti del preambolo del Principe Bartolomeo.

Furono quegli atti fabricati con tutte le sollenità. L' azione, che promosse il Principe D.Gio:Battista fu di nullità del testamento di Bartolomeo suo padre *ex capite præteritionis filiorum*. Il Curatore, che intendea bene la forza di quest' azione, ci si oppose a tutto potere, e tra le altre eccezzioni, dedusse, per salvare almeno il fedecomesso, che il Principe D. Gio: Battista si dovea riputare eseredato più tosto, che preteri-

to.

to. Dovea ſapere dunque il Curatore, dovea eſſer perſuaſo, ſe ſi appigliò a quel partito, che ne' termini di preterizione niente ci era da ſalvare del teſtamento di Bartolomeo.

Adempitoſi a quanto ſi ſuol praticare in ſimili giudizj, venne la G. C. ad interporre il ſuo decreto, ed a dichiarare nullo il teſtamento, ſenza alcuna riſerva. E ſu qual fondamento dobbiamo ſupporre, che veniſſe a quella dichiarazione? Sul fondamento certamente del dritto antico, che dovette credere non alterato riguardo alla preterizione paterna dall' Imperadore Giuſtiano. Così ſi penſava un Secolo addietro; e mi pare, che que' Giudici ne ſapeano più di noi. Oggi è ſembrata novità, errore quello, che all' ora paſſava per principio indubitato.

Declama contro queſto decreto il Difenſore della Riccia, e l' impugna come nullo, perchè non fatto a Ruote giunte. Non perdiamo il tempo inutilmente. Legga la Prammatica, ch' egli ſteſſo allega, e troverà, che non entrava queſta formalità in quella iſpezione. Non ſi perda di mira il punto. Siamo alla pruova dell' oſſervanza ne' noſtri Magiſtrati della Novella di Giuſtiniano ſecondo l' interpetrazione, che da me ſe l' è data. Si è veduto, che la G. C. fu in queſta ſentenza un ſecolo addietro. Reſta da vedere, come ne giudicaſſe il S. C.; e che il giudizio di queſto Supremo Senato fuſſe uniforme a quello della G. C.,

ne

ne fan pruova le liberazioni, che ottene nell'anno 1754., e 1759. l'odierno Principe della Riccia, per li crediti di Margherita Ruffo Principessa della Riccia, dal Patrimonio di Scilla.

Chè produsse allora il Principe della Riccia per ottenere il suo intento? Produsse il preambolo *ab intestato* del principe D. Gio. Battista: produsse il preambolo di Bartolomeo dell' anno 1692., che contenea quel tal decreto, o sia dichiarazione della G. C. per la nullità dell' intero testamento: produsse il testamento istesso; ed in vista di queste carte: *Viso testamento quondam Principis D. Bartolomei di Capua*, visto quel testamento, dove era scritto il fedecommesso, che oggi è in controversia; *Viso decreto M. C. V, lato sub die nona Decembris* 1692. visto quel tal decreto, che dichiarava il testamento nullo *quoad omnia*, venne a liberare al Principe della Riccia in più volte niente meno, che la rilevante somma di ducati 30. mila, l'istessi, ch' erano compresi nel fedecommesso di Bartolomeo; e venne a liberarli senza alcuna condizione, o riserba, sull' appoggio della nullità del testamento di Bartolomeo, e di quanto in esso si contenea.

Questo è un grande esempio. Niente mette più a partito la mente del Giudice, e l'obbliga a ben maturare i suoi decreti, quanto allorche si tratta di ordinare pagamenti liberi, perche si passa il rischio di essere tenuto di proprio; e se in queste circostanze il S. C. liberò ducati 30. mila al Principe della Riccia, dobbiamo credere, che quel

Su-

Supremo Tribunale avea per vero, e come canone indifficoltabile, che la preterizione de' figli in potestà porta seco il naufragio, non già della sola istituzione, come pretende l' Avversario, ma dell' intero testamento paterno.

Non finisce quì la pruova dell' importantissimo punto della osservanza. Nell'anno 1763. il Conte di Sinopoli ricompera dal Principe della Riccia la Città di Nocotera, e li paga libero il prezzo della tenuta in somma di ducati 55. mila. La Città di Nicotera, o sia la sua tenuta, era uno de' corpi specialmente compresi nel fedecommesso di Bartolomeo. Ed i savii del Conte di Sinopoli, che erano de' più accreditati, e dotti del paese, non incontrarono la minoma difficoltà a consigliare, che si fussero pagati liberi al Principe della Riccia; e per qual' altra ragione dovettero così consigliare? Per quella, senza dubbio, che nascea dalla nullità della disposizione del Principe Bartolomeo, e del fadecommesso da lui ordinato.

Ne vuole dippiù il degno Avvocato del Principe della Riccia per restar convinto, che mi ha malmenato a torto, e che a torto mi ha fatto autore di massime seducenti, e di nuove, ed erronee dottrine, fino a dirmi con amaro disprezzo, che illuminato il foro da questa mia particolare opinione non avea bisogno più di consultare le leggi? Alla pruova si è veduto, che gli uomini più illuminati, che i più celebri scrittori, ed Interpetri sono dal canto mio, e sostengono la mia

giu-

giusta causa. Si è veduto alla pruova, che la costituzione dello Imperatore Giustiniano nel vero suo senso è quella, che da me si è spiegata. Alla pruova finalmente si è veduto, che in questo senso nel nostro Foro, e dai nostri Magistrati si è capita, ed osservata.

Eccoci finalmenre a quell' asilo, dove si suol ricorrere, quando la validità del testamento non si può altronde sostenere. Supponendosi, dice il Contradittore, nullo interamente il testamento del Principe Bartolomeo per la preterizione de' figli, si deve sostenere, almeno per la clausola codicillare, quanto da lui fu disposto.

I Codicilli, che un tempo, per i lumi, che ne abbiamo dalla storia dell'antica giurisprudenza Romana, furono introdotti per particolari motivi, che impedivano potersi adempire alle strette sollennità del testamento, andarono da mano in mano acquistando tanto di forza, e nel Foro ne crebbe tanto l'abuso, che in qualunque testamento, anche se si trovassero in esso violate le leggi divine, ed umane, se si apponga la clausola codicillare, basta questa sola perchè si debba eseguire la volontà, qualunque sia, del testatore. Ci sia qualunque mostruosità, qualunque vizio, non importa, la clausola codicillare sana tutto. E un rimedio universale, è una panacea, che tutte salda le piaghe de'testamenti. Quanro si è scritto, quanto con infinito studio da' Legislatori si è pensato per porre in salvo gli ultimi elogii dalle insidie,

fidie, e dall' avidità degli uomini, tanto più perniciosa, e da temersi, quanto che ordinariamente si pensa a testare negli ultimi momenti della vita, mentre agitati, ed oppressi dal male, non possiamo agevolmente guardarcene, tutto oggi nnn si cura, si attende solo, se vi sia la clausola codicillare.

Che questa clausola, dove manca il numero de' testimonii, e le altre sollennità richieste per la validità del testamento, supplisca: che si possa con un tal rimedio riparare a questi tali difetti, l'intendo. E un male, perchè quanto più manca il testamento di sollennità, tanto più si apre un campo alla frode, ed alla circomvenzione, che le leggi vollero evitare; ma è un male dalle stesse leggi permesso, quantunque per plausibili ragioni sul principio. Ma che la forza di questa clausola si possa estendere fino a salvare per indiretto la volontà del padre, che preterisca il figlio nel suo testamento, è un burlarsi delle leggi, e farne un barbaro abuso in danno di persone tanto favorite dalle leggi stesse, e tanto per tutti i riflessi a noi care.

E' dispensato il padre nel testamento tra figli da tutte le sollennità legali, ma se preterisce il figlio in quel tale testamento inperfetto, cessa il privilegio: il testamento è nullo; e cessa questo privilegio, perchè quello d'istituire il figlio è uno indispensabile dovere del padre, che non si de-

ve

ve confondere con le altre sollennità dispenzate nel testamento paterno tra figli.

Perchè quello, che si nega per questa via al testamento del padre, li si ha d' accordare in forza della clausola codicillare? *Quo jure?* dove stà scritta questa specie di barbarilino? Ricorriamo all' origine, quello, che diede la spinta alla introduzione de' Codicilli fu Lucio Lentolo, che morì in Africa, e si trovò comoda questa maniera meno sollenne di disporre, perchè non sempre *propter magnas, & longas peregrinationes* si poteva adempire alle sollennità tutte richieste ne' testamenti. Questo fu il motivo, questa fu la cagione, per cui si cominciò a praticare l' uso de' codicilli, prima senza alcuna sollennità, poi per la legge dello Imperadore Teodosio con l' intervento di cinque testimonii.

Essendo stato questo lo scopo della legge, la clausola codicillare ne' testamenti non può essere operativa, che nel difetto di quelle tali formalità estrinseche, diciam così, che non sempre, ne in tutti i luoghi, ne in tutte le circostanze si possono eseguire; in una parola, in mancanza di quei requisiti, l' adempimento de' quali non dipende dal testatore; ma riguardo alla istituzione de' figli, che forma la sostanza, e sussistenza del testamento, e che dipende totalmente dal volere del padre senza bisogno di altro estrinseco mezzo, a salvare un testamento man-

mancante in questa parte, come mai può supplire la clausola codicillare?

Sentasi a questo proposito una nota del Giureconsulto Paolo in un responso di Scevola. La specie, che si propose a Scevola è questa. *Tizia filiam heredem instituit: filio legatum dedit: eodem testamento ita cavit: Ea omnia, quæ supra dari fieri jussi, ea dari; fieri volo ab omni herede, bonorumve possessore, qui mihi erit, etiam jure intestato. Item, quæ dari jussero, ea uti dentur, fiantque, fidei ejus committo. Quæsitum est, si soror centumvirali judicio obtinuerit, an fideicommissa ex capite suprascripto debeantur? Respondi, si hoc quæratur, an jure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes, bonorumve possessores successuros credat, fideicommittere possit? Respondi posse.* Così Scevola, ma il Giureconsulto Paolo dissaprovò con ragione la sentenza di Scevola. *Paulus notat: probat autem nec fideicommissa ab intestato data deberi quasi a demente* (1).

Giacomo Cujacio commentando questo testo, ci ritrova nel testamento della madre la vera figura della clausola codicillare: (2) *In estrema parte testamenti* (dice egli) *apposuit clausulam hujusmodi, quæ vulgo dicitur clausula codicillaris, qua testamento relicta legata declaravit etiam se velle ab intestato præstari . . . . si non*

 ju-

(1) *L. Titia* 13. *de inoff. test.*
(2) *In lib.*3. *Respons. Cervid. Scævol.c.*731.*Tom.*6.

jure legati, jure fideicommissi, si forte testamentum destitueretur, vel injustum pronuntiaretur, vel rescinderetur; e venendo alla nota di Paolo sul testo di Scevola, ne parla così, „ *sed Paulus in hac specie ea fideicommissa deberi negat . . . hac ratione, quae verissima est, quia is, cuius testamentum inofficiosum pronuntiatur, quasi demens, sive furiosus, non intelligitur habuisse testamenti factionem*. Per la stessa ragione il Giureconsulto Claudio giudicò, non doversi, quando il testamento sia inofficioso, i fedecommessi, *ab intestato* ordinati dal defonto, *nec aliud quid pertinens ad suprema ejus judicia valet* (1).

Einnecio bilanciando da vero Giureconsulto la forza della clausola codicillare, nega assolutamente, che possa aver luogo ne' testamenti, dove siano preteriti i figli: *Non itaque haec clausula supplet defectum sollemnitatis internae praeteritionis liberorum . . . . . quamvis non desint ex Pragmaticis, qui suo more multo majorem huic clausulae virtutem tribuunt* (2).

Treutlero, uno de' più sensati scrittori; che con felicità grande trattò de' punti più scabrosi della nostra giurisprudenza, è della stessa opinione: *Testamentum, in quo liberi exheredati sunt, causa exheredationis non adscripta, aut adscripta qui-*

(1) *Lege* 36. *de leg. & fideicomm. tertio.*

(2) *T.* 2. *Pandect. tit. de jure codicillorum p.* 5. §. 19.

quidem, ſed non probata, ut & illud teſtamentum, in quo liberi ſunt praeteriti, nullius penitus eſſe momenti, quod in tantum verum eſſe judico, ut hujuſmodi teſtamentum ne quidem vi, & virtute clauſulae codicillaris ſuſtineatur, quamvis a Notario fuerit teſtamento ſubjecta (1). Così Andrea Gaillo rapportato dallo ſteſſo Treutlero, così Carpzovio (2), così Signorile (3), così opinarono finalmente la Chioſa (4), Facchineo, (5) e tutti coloro, che hanno eſaminato queſto punto ſecondo i veri principii del dritto.

Il dotto Contraddittore dopo aver in generale parlato degli effetti mirabili della clauſola codicillare, venendo al queſito, ſe abbia forza di ſalvare la volontà del teſtatore, non oſtante, che abbia nel ſuo teſtamento preterito il figlio, ſoſtiene, che il ſuo vigore fino a queſto ſegno ſi eſtende; ma come non ignora, che l'impreſa è contraria alla legge, ſi adopra ſulla teſtimonianza di Einnneio di farla valere, come ricevuta nel Foro; ma ſe intende bene il linguaggio di Eineccio, egli lo riguarda come un' abuſo, e noi non abbiamo d' andare dietro agli abuſi, ed al numero degli ſcrittori, che lo han-

 ſe-

(1) *Treutl. volum. 1. diſput. 13. de inoff. teſtam. theſ. 11. ſub num. 3.*
(2) *Part. 3. conſt. 9. def. 12.*
(3) *Conſ. 171. num. 4.*
(4) *In auth. ex cauſa.*
(5) *Controv. jur. lib. 4. cap. 11*

feguito. E' quefta folita difgrazia del genere umano deplorata con ragione da Seneca *Inter caufas malorum noftrorum eft, quod vivimus ad exempla; nec ratione componimur, fed confuetudine abducimur; quod fi pauci fecerunt, nolumus imitari; cum plures facere cæperunt, quafi honeftius fit, frequentius fequimur; & recti apud nos locum tenet error, ubi publicus factus eft* (1).

Noi dobbiamo feguire i dettami delle leggi, che che fia degli abufi del Foro. In quelle azioni, che da noi dipendono, che l' uomo voglia feguire più tofto l' efempio, che la ragione, farà in fua libertà, ma dove la legge comanda, fi ha da feguire il comando della legge, non l' efempio, non l' abufo, non l' errore, anche fe fuffe comune. Samuele Strichio, fulla di cui autorità fopratutto il Contradittore fi fonda, dandofi carico delle leggi da me citate, che rendono inefficace la claufola codicillare nel teftamento, dove fia eferedato il figlio, o preterito quafi a *demente factum*, rifponde così. *Sed refpodi poteft generaliter, diftinguendo inter dementiam teftatoris veram, & præfumptam; illa per claufulam codicillarem non tollitur, bene taman hæc. Nam fi inofficiofum dicatur teftamentum, non revera fuit demens teftator, fed hoc colore faltem utitur impugnaturus teftamentum, quafi a demente fa-*

(1) *Epift.* 58.

factum fuisset pr. Inst. de inoff. test. Est er go saltem ficta dementia; ut ita hoc remedio ad p ortionem sibi debitam pervenire possit filius præte ritus, vel injuste exhæredatus. Jam vero si cl ausola codicill. adjecta, expirat illa dementia; (1).

Questo Autore ha sciolto a maraviglia il nodo, meglio non si potea disimpegnare. Ha mandato in fumo la legge, ed è uscito gloriosamente d' impaccio. Va in questi scogli ad urtare chi si ostina a seguire l' esempio, e non la ragione. Doveva badare lo Strichio, che la legge parla appunto della finta pazzia, parla di quel colore, di quel pretesto, che gli antichi Romani inventarono per un appoggio alla querela d'inofficioso. Non si sognarono mai parlare della vera insania *Paulus notat nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente. Quia crederetur* (notò Claudio) *quasi furiosus testamentum facere non potuisse*. La finta pazzia vogliono le leggi, che non si possa sanare colla clausola codicillare; per questa finta pazzia vogliono, che non ostante un sì fatto salutare ripiego, espresso in tutta la sua estenzione nell' uno, e nell' altro testo, non si diano i legati, ed i fedecommessi *ab intestato*. Così dispongono le leggi. Veggasi ora, se senza distruggerle, può aver luoco la distinzione dello Strichio tra la pazzia vera, e finta:

(1) *Samuelis Strykii, disp.* 18. *de clausula codicill. num.* 82.

veggasi se può reggere quello, che assume, di doversi nella finta pazzia adempire ai legati in forza della clausola codicillare.

Lo stesso Strichio non dissimula, che sia cosa dura obbligare il figlio preterito ai legati, e fedecommessi lasciati dal padre; ma si lascia poi trasportare a decidere contro al figlio dalla grande impressione, che li fa quella benedetta clausola, quasi fusse un argomento della volontà ferma del testatore per l'esecuzione di quanto nel suo testamento è scritto. Questa non è ragione. Anzi perchè ostinatamente il padre vuole eseguita la disposizione, in cui ha preterito il figlio, non deve aver luogo la clausola codicillare. Quando nel testamento mancano le altre sollennità, sol che ci sia il numero de'testimonii stabilito per li codicilli, il testatore non pecca nella legge, e perciò li fedecommessi, e li legati, *permittente lege* si salvano con la clausola codicillare; ma preterendo il figlio, pecca il padre nella legge; e perciò non supplisce, ne può supplire la clausola codicillare, perciò non giova a salvare ne in tutto, ne in parte la sua volontà. *Imo* (ha Gotofredo, *& si expresse adjiciatur hæc clausula, testamentum inofficiosum non valet. Clausula enim codicillaris minus potest adjecta inofficioso, quam imperfecto testamento. Cur? Cuius testamentum quasi inofficiosum condemnatur, pro demente habetur. Demens autem testamenti factionem non habet* (1). Non

(1) *Ad legem* 8. *C. de cadicillis*.

Non solo dunque non vi è legge, che dia tanto di attività alla clausola codicillare da poter rendere eseguibile la volontà del defunto, non ostante la preterizione, o l'eseredazione del figlio, che anzi le leggi stesse le negano in tal caso qualunque sfogo.

Si suole ricorrere in questa materia ad un responso di Scevola caduto su di questa specie. *Lucius Titius, hoc meum testamentum scripsi sine ullo Jurisperito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam, & miseram diligentiam: & si minus aliquid legitime, minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas: deinde heredes instituit. Quæsitum est, intestati ejus bonorum possessione petita, an portiones adscriptæ ex causa fideicommissi peti possent? Respondi, secundum ea quæ proponeretur, posse.* (1)

L'idea, che ci si presenta in questa specie è di un testamento mancante nelle sollennità estrinseche *: sine ullo Jurisperito : si minus perite fecero*. Si parla di quella troppo scrupolosa diligenza, di quelle formalità legali, che tutti non sanno. Non si tratta quì dell'eseredazione, o della preterizione de' figli, non di un testamento inofficioso. Ne trattò lo stesso Scevola ne' due responsi da me recati, l'uno sotto il titolo *de inoff. test.*, l'altro nel titolo *de legatis* 3. Nel primo vi è la nota di Paulo, nel secondo quel-

(1) *ff. lib.* 31. *l.* 88. §. 17. *de legat.* 2.

la del Giureconsulto Claudio; l' una, e l'altra nota condannano si fatti testamenti *quoad omnia*, anche concorrendoci la clausola codicillare, *& hoc jure utimur*. Non si ha da sentire dunque il responso di Scevola qui, che delle sollennità esterne. E che la clausola codicillare abbia tutto il valore, quando queste tali sollennità si trovano trascurate, io l' ammetto; ma che possa aver luogo, quando i figli siano eseredati, o preteriti, non solo lo nego, ma dico anzi, che questo è parlare apertamente contro la legge, ed estendere il vigore della clausola codicillare, oltre i confini dal dritto prescritti.

Torniamo là. L' uso de' codicilli nacque dalla difficoltà di potersi sempre, ed in ogni luogo eseguire quelle sollennità, che nel testamento si richiedono, riguardo al numero de' testimonii, alla loro condizione, alla circostanza di dover esser rogati, ed al modo di segnare il testamento &c. A queste formalità estrinseche, come bene osservò Einnecio, e con lui tanti altri dotti scrittori, intesero le leggi di dispensare; e se a queste sole dispensarono, come si può pretendere, che la clausola codicillare derivante da quelle tali prerogative accordate a codicilli, estenda la sua forza fino a salvare le disposizioni scritte in un testamento, che contenga il massimo di tutti i difetti, il gran vizio della preterizione de' figli.

Allo stringere mi sono accorto, che fin qui ho

ho parlato in aria. Dove è nel testamento di Bartolomeo la clausola codicillare? Io non ce la ritrovo. Ora capisco perchè tante volte il Contradittore ripete nella sua allegazione, parlando di questa clausola, *quin non apposita, subintelligitur*. Ora intendo il mistero. Ma s' inganna il dotto avversario. La clausola codicillare si ha da esprimere dal testatore, quando egli ne voglia fare uso; il testo è chiaro, ed è dell' Imperadore Teodosio. *Illud quoque pari ratione servandum est, ut testator, qui decrevit facere testamentum, si id adimplere nequiverit, intestato videatur esse defunctus, nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem, velut ex codicillis, ultimam voluntatem, nisi id ille complexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere* (1).

Dalla sognata clausola codicillare passa il Contraddittore al codicillo fatto dallo stesso Principe D. Bartolomeo, e pretende, che avendo egli nel codicillo confermato il testamento, si debba in virtù di questa tale conferma eseguire la sua disposizione.

Da quando in quà i codicilli hanno acquistato la virtù di confermare i testamenti? Da quando in quà l' accessorio si ha procurato il dritto di dar vigore al principale? Da qual fonte è uscita questa nuova dottrina? Consultando le leggi, io ritrovo tutto il contrario. *Quod per manus tra-*

(1) *Cod. lib. VI. tit.* 36. *de codicill. l.* 8. §. 1.

traditum est (ha Papiniano) *Codicillis haereditatem dari non posse, rationem illam habet; ne per codicillos, qui ex testamento valerent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem hæredum accipit, confirmari videretur* (1).

(1) *L.* 10. *de jure Codicil.*

Sembrò un' assurdo a Papiniano, che il codicillo valesse tanto, da poter confermare il testamento. Vagliono i Codicilli, e si sostengono da se, quando non ci è testamento. *Ad testamentum autem* (è sentenza di Paulo) *quod quoquo tempore fecisset, pertinent codicilli; Et ut manifestius dicam, intestato patrefamilias mortuo, nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent; testamento autem facto, jus sequuntur ejus* (1).

Corrisponde al testo del Giureconsulto Paulo il commento di Gotofredo nella *l.* 1. *de jure Codic. Codicillus est intestati voluntas, vel testamenti sequela minus sollemnis: Fit enim ab intestato verbis præcariis tantum, & ex testamento vires accipit. Testamentum si nnn valet, aut si rumpitur, NON VALET CODICILLUS, RUMPITUR CODICILLUS. Quid si ante testamentum factus? Est etiam sequela, quia intellectu posterior est.* Sieguone i codicilli la sorte del testamento. Se il testamento cade, rovinano anche i codicilli *Testamento facto* (ha il Giureconsulto Giuliano) *etiamsi codicilli in eo confir-*

(1) *Leg.* 16. *ff. de jure Codicill.*

firmati non essent, vires, tamen ex eo capient ; denique si ex testamento hæreditas adita non fuisset (como è succeduto nel nostro caso), *fideicommissum ex ejusmodi codicillis nullius momenti erit* (1), E ciò quando il fedecommesso fusse ordinato nel codicillo ; circostanza, che non si verifica nella disposizione, di cui parliamo, dacchè il Principe D. Bartolomeo non altro fece nel suo codicillo, che un legato degli animali di Arnone al Principe Gio: Battista, un altro ai suoi figlioli naturali dippiù di quello, che l'aveva lasciato nel testamento, ed altre poche particolari disposizioni, che non fanno al proposito.

Non è vero poi, che nell'anno 1692., quando fu spedito il preambolo *ab intestato* del Principe D. Bartolomeo in beneficio del figlio D. Gio: Battista, non si fece parola del codicillo, e mi maraviglio, che il Contraddittore, il quale deve sapere meglio di me gli atti, ed i fatti appartenenti al suo Clientolo, e che ha tanto scritto su questo punto, giunga a negare quello stesso, che ha dovuto avere troppo presente. Non solo il Principe D. Gio: Battista fece menzione nella sua prima istanza (2) del codicillo

pa-

(2) *Leg.* 3. *ff. eodem*.

(1) *Fol. primo actu præamboli ab intestato quondam Illustris magni Comitis Altavillæ, & Principis Ariciæ domini Bartholomei de Capua.*

paterno . Non ſolo il curatore ne fece parola nella ſua iſtanza , e ne traſſe dal legato degli animali di Arnone , ivi ſcritto a pro di D. Gio: Battiſta , che il Principe D. Bartolomeo avea baſtantemente contemplato il figlio; (1) , ma con iſpecialità la G. C. col ſuo decreto ebbe ſotto l'occhio quel tale codicillo , di cui vuole l' Avverſario , che non ſi fuſſe affatto parlato. *Per M.C.* (ſono le parole del decreto) *viſis petitione fol. 1. teſtamento , & CODICILLO clauſis , & obſecutum obitum apertis fol.4. ad 15.* (2).
Tutto dunque ſi ebbe allora preſente , tutte quelle circoſtanze , tutte quelle ſollennità , che oggi ſi negano , tutte reſtarono adempite in quel giudizio . Non è vero , ripeto , che del codicillo non fu fatta parola , pur troppo ſe ne fece menzione , ma reſtò, come dovea reſtare, involto nelle rovine del teſtamento , ebbe, come aver dovea , lo ſteſſo deſtino .
La fatalità di queſta cauſa mi ha contro voglia obbligato a dover contendere del peſo del teſtamento del Principe D. Bartolomeo con chi non ha dritto di promuovere ſi fatte queſtioni . Non ne poſſo più , non mi fido più di ſoffrire, che ſi ſentano le voci di chi per tutti i rifleſſi non dovrebbe in queſta parte eſſere inteſo . Dove ſiamo ? A chi mai ſi è accordata la li-
li-

(1) *Fol.* 37. *delli ſteſſi atti* .
(2) *Fol.* 43. *delli ſteſſi atti* .

bertà d' impugnare il fatto proprio, e mutare a proprio talento la causa della sua possessione?

Non fu lo stesso Principe della Riccia, che fondandosi sulla nullità del testamento, e del fedecommesso del Principe Bartolomeo, pretese dal patrimonio di Scilla libere le quantità, che si doveano conseguire per li crediti di Margarita Ruffo Principessa della Riccia? Non fu egli, che fece uso in quell' incontro del decreto della G. C., che dichiarava nullo il testamento di Bartolomeo? Non fu egli, che su quell' appoggio ottenne le liberazioni, così come le pretese, di quelli stessi capitali, ch' erano sottoposti al fedecommesso di Bartolomeo? Come, se allora lo volle nullo, e profittò tanto della sua nullità, oggi lo sostiene quasi fusse la più valida disposizione del mondo? Come, per quali principii ha creduto di esserli lecito, di variare a suo modo nel punto importante del titolo della possessione.

Ha un bel dire il Contradittore, che il Principe della Riccia ebbe a far capo da quel decreto per *agevolare la riscossione de' crediti sistenti nell' intrighi di un patrimonio*. Questa risposta più lo condanna. Conta dunque per niente l' Avversario, che lo stesso Principe della Riccia, che i suoi savii allora ebbero per giustissimo quel decreto, e di tale efficacia, da farli ottenere, senza timore d' incontrare opposizione, le liberazioni da lui dimandate? Conta per niente, che gl'

in-

interessati in quel vasto patrimonio, che persone, le quali naturalmente doveano essere assistite e consigliate da' primi luminari del Foro, alla veduta di quel decreto, e del testamento di Bartolomeo, senza far caso del suo fedecommesso, non difficultarono, che liberi si dovessero fare i pagamenti al Principe per i crediti, che rappresentava? Conta per niente, che il S. C. in circostanza di dover bene esaminare, e crivellare l'affare, fosse poi venuto alle richieste liberazioni? Conta per niente, che il S. C., che i creditori del patrimonio, che i loro Avvocati, che lo stesso Principe della Riccia, che tutti riguardarono come sacrosanto il decreto della G. C., e come nullo il testamento di Bartolomeo, anche in quanto al fedecommesso da lui ordinato? Conta per niente la pruova luminosa, che sorge da questo fatto della opinione adottata nel Foro, e da nostri Magistrati, sul punto della preterizione paterna uniforme al mio assunto? Conta per niente il fatto del Principe della Riccia el titolo costante del suo possesso, quanto corrispondente a quello di erede del Principe Gio: Battista, altrettanto contrario, e ripugnante, al fedecommesso di Bartolomeo, che oggi si vuol sostenere?

Se tuttociò non li fa senso, se questi fatti, se gli argomenti, che ne risultano, non bastano convincerlo della infelicità delle sue intraprese, bisogna, senza impegnarmi ad altro, lasciarlo *in*

ma-